



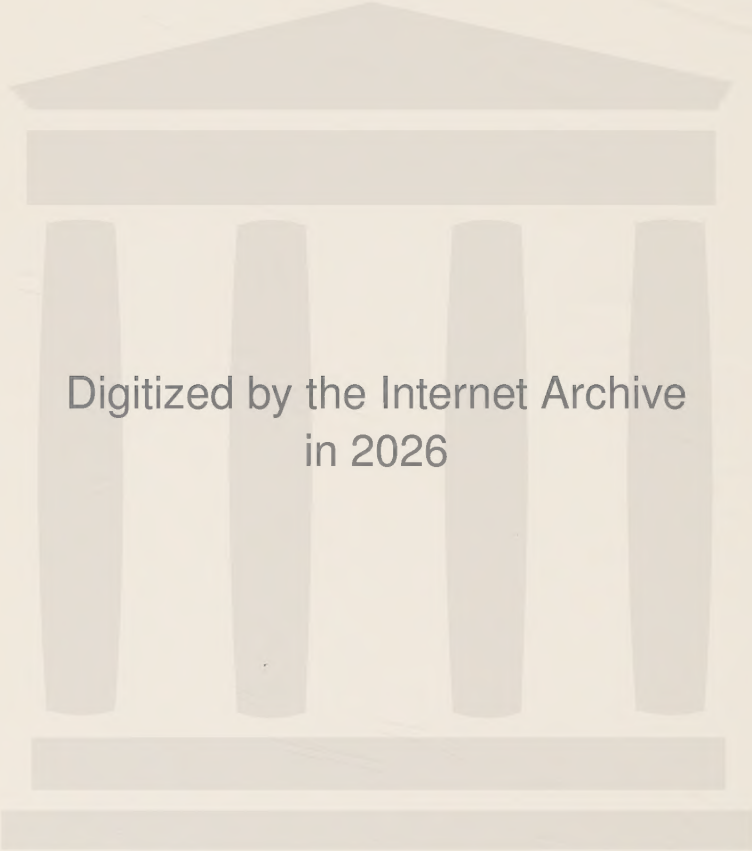
Montpellier 1977

Christian MOULY

les causes d'extinction du cautionnement

préface de

Michel CABRILLAC



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I.S.B.N. 2-7111-0-25

I.S.S.N. 0-150-7451

Christian MOULY

Professeur à la Faculté de Droit
et de Science Politique de l'Université d'Aix-Marseille 3
Lauréat de l'Académie Française

LES CAUSES D'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

Préface de

Michel CABRILLAC

Professeur à la Faculté de Droit et
des Sciences économiques de l'Université de Montpellier

Ouvrage couronné par le Conseil Supérieur du Notariat
et la Faculté de Droit de Montpellier
et honoré d'une subvention du ministère des Universités

LIBRAIRIES TECHNIQUES
Libraire de la Cour de cassation
27, place Dauphine - 75001 Paris

1979

UNIVERSITY OF MICHIGAN

LIBRARY

ANN ARBOR, MICH.

LES CAUSES D'EXTINCTION
DU
CAUTIONNEMENT



PREFACE

A en croire Chamfort, il est deux choses insupportables : «les injures du temps et les injustices des hommes». Les injures du temps, le cautionnement y a superbement échappé, s'insinuant avec naturel dans les rapports juridiques inédits et répondant sans trêve à l'appel des besoins nouveaux. Les injustices des hommes, du moins de doctrine, il en a passablement souffert, ils ne lui ont pas consacré une attention à la mesure de son importance et du volumineux contentieux qu'il ne cesse d'alimenter. On ne doit pas s'en étonner ; la vieillesse d'une institution en masque les attraits intellectuels, si réels soient-ils, et nourrit l'illusion que sa navigation multi-millénaire a atteint un régime de croisière qu'il n'y a plus lieu d'étudier. Rendons grâce à M. Mouly aussi bien d'avoir magistralement dissipé cette illusion que d'avoir réparé au moins en partie les torts de la doctrine.

Mais pourquoi avoir appréhendé le cautionnement à travers ses causes d'extinction, n'ont-elles pas un goût de cendres ? Osons un paradoxe : elles en constituent l'aspect le plus vivant. Ainsi le veut la trame psychologique de contrat qui, sous cet angle, présente cette singularité qu'un engagement y est souscrit avec le ferme espoir que l'exécution n'en sera point demandée, un engagement dont la contrainte est aisément oubliée et qui est transmis à des héritiers qui en ignorent fréquemment l'existence. Aussi l'heure de la vérité n'est-elle généralement pas ici celle de la résignation. Plus que tout autre débiteur, la caution est encline à rechercher l'échappatoire et c'est la forêt des causes d'extinction qui, par son exubérance, lui fournit le terrain d'élection de sa résistance au créancier.

L'engagement de la caution a, en effet, une vocation congénitale à la fragilité. Elle procède, on le sait, de sa nature de lien à la fois accessoire et autonome, qui tend à multiplier par deux les causes d'extinction. Elle procède aussi, et le phénomène sera mieux connu, de l'influence qu'exerce sur ce lien la relation entre le débiteur principal et la caution, relation dans laquelle la considération de la personne et de sa qualité (celle de conjoint, d'associé...) tient normalement une grande place, de sorte que les vicissitudes qui affectent cette relation sont susceptibles de retentir sur l'engagement de la caution.

Cette fragilité, il est difficile d'en prendre l'exacte mesure. L'effet extinctif de certains événements est discuté ; bien des causes d'extinction sont subordonnées à des conditions mal élucidées ; d'autres restent énigmatiques dans leur portée. Le régime de l'extinction n'a pas accédé à la stabilité et à la certitude en raison de l'évolution qui a largement diversifié l'usage du cautionnement. Service d'ami à l'origine, il l'est demeuré en partie, mais est aussi devenu une prestation professionnelle, alors que, par ailleurs, il a, par un détournement de sa finalité, fourni l'instrument qui permet de gommer la responsabilité limitée des associés au profit des créanciers précautionneux. Comme l'attestent et le droit comparé et la jurisprudence française, un tel contexte socio-économique fait souffler sur le statut de l'extinction des vents opposés. Il a ses faucons et ses colombes. Les uns sont soucieux de préserver le plus possible l'existence du lien, car le rendre trop cassant ferait périlcliter la sûreté au profit d'un probable rival à imaginer. Les autres, détournant leurs regards des marchands de cautionnements, sont prompts à s'apitoyer sur le sort d'une caution qui paraît souvent trop strictement tenue, si l'on en juge à l'aune d'un consentement mal informé ou moralement contraint. M. Mouly ne se range ni dans un camp ni dans un autre et propose de concilier les influences contradictoires par l'avènement d'un régime qui différencierait le sort de la caution professionnelle de celui de la caution amicale. D'aucuns lui reprocheront sans doute de faire appel à une distinction quelque peu manichéenne, inattentive aux nuances que présente la réalité. D'autres de briser l'unité de l'institution, de rallier le courant favorable à l'émiettement de la règle juridique, poussé,

dans d'autres domaines, comme celui du droit de la consommation, jusqu'à de déplorables excès. Nul ne lui marchandera le mérite d'avoir ouvert le débat, d'en avoir clarifié et approfondi les données et d'en avoir tiré une conclusion solidement étayée.

Cette proposition n'est que l'une des thèses majeures d'un ouvrage qui en avance bien d'autres. Si séduisantes qu'elles soient, elles ne doivent pas éclipser les progrès qu'il introduit dans l'analyse de l'engagement de la caution. Faute de pouvoir tous les présenter, nous retiendrons le plus marquant, qui est sans doute la « découverte » de sa dualité lorsque le cautionnement est à durée successive, dualité qui s'exprime dans la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement. La première a pour objet la garantie de dettes à venir, parfois éventuelles, comme, par exemple le solde d'un compte courant, et fixe le cadre dans lequel la caution sera appelée à intervenir. La seconde a pour objet une dette déterminée, née et devenue exigible dans le cadre ainsi tracé. Les deux obligations n'ont pas une totale coexistence. Née avant l'obligation de règlement, l'obligation de couverture lorsqu'elle expire, peut laisser survivre une ou plusieurs obligations de règlement ; de la sorte, elles ne subissent pas les mêmes causes d'extinction. Le progrès est considérable qui projette la lumière sur la zone d'ombre que formaient les cautionnements de ce type, zone étendue comme en témoigne la pratique bancaire.

La subtilité des analyses de M. Mouly, que révèle cet exemple, pourrait inquiéter les praticiens et leur faire craindre de ne pas trouver leur provende dans son livre. Qu'ils se rassurent ; une énorme matière première jurisprudentielle y est scrupuleusement recensée et disséquée, dont la portée concrète est dégagée avec la plus grande netteté. Naturellement, ils ne l'y trouveront pas rassemblée sous la forme du catalogue auquel cette thèse aurait pu se réduire (n'était-ce pas l'écueil de son thème ?). Elle atteint une autre altitude, celle d'un ouvrage de doctrine d'une exceptionnelle qualité, où se conjuguent réflexion, systématisation et prospective, où foisonnent idées originales, démonstrations rigoureuses, notations savoureuses d'ordre sociologique, psychologique et économique, trahissant une vaste culture qui n'est pas seulement juridique.

Attentif au présent, tourné vers l'avenir, l'auteur pardonnera-t-il à celui qui a la fierté de préfacer son livre de le placer sous le parrainage de deux personnages du Moyen-Age ? Celui du bénédictin, symbole de l'homme de labeur. Celui du compagnon, créateur du chef-d'œuvre qui donnait accès à la maîtrise ; une maîtrise que le jury du dernier concours d'agrégation a rapidement accordée à M. Mouly dans des conditions particulièrement flatteuses.

Michel CABRILLAC

INTRODUCTION

1. — **Rigueur des engagements.** A Babylone ou dans l'ancienne Egypte, le débiteur qui sollicitait un crédit donnait sa femme en garantie (1) ; malgré la rusticité des mœurs d'il y a quarante siècles, cette caution-otage n'était pas exécutée en cas de non-paiement mais réduite en esclavage.

La rigueur d'un tel engagement s'est aujourd'hui atténuée, mais l'épouse du P.D.G. qui garantit l'obligation contractée par son mari reste sévèrement liée. Par un filet de renonciations aux bénéfices légaux et de stipulations étendant la garantie à toutes les dettes, passées et futures (2), le créancier maintient la caution sous sa coupe.

La rigueur de l'engagement de la caution est accentuée par le déséquilibre du contrat. Unilatéral par nature, le cautionnement, lorsqu'il est un service d'ami, n'offre pas à la caution de contrepartie chiffable ; s'il engendre une obligation juridique parfaitement formée et d'une irréprochable vigueur, ses aspects économiques et psychologiques le distinguent des autres contrats et l'entourent d'un contexte original.

Le parent, l'époux ou l'ami à qui il est demandé de garantir une dette ou l'ensemble d'une activité s'interdit tout autant de refuser sa signature que de discuter les modalités de son engagement. Les relations de famille ou d'amitié

(1) J. GILISSEN : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général*, Rec. soc J. BODIN, t. 28, *Les sûretés personnelles* (1^e partie), pp. 5 à 127, spécialement p. 119 — J. PIRENNE : *Les sûretés personnelles dans le droit égyptien*, *ibid.*, pp. 167 à 172, spécialement pp. 167 et 168 — E. SZLECHTER : *Les sûretés personnelles dans le droit suméro-akkadien*, *ibid.*, pp. 173 à 221, spécialement pp. 201 à 203.

(2) La pratique bancaire italienne appelle cautionnement « omnibus » cet engagement que nous qualifions de général. — M. FRAGALI : *La fideiussione generale* (Le cautionnement général), Banca, borsa e titoli di credito, 1971, I, pp. 321 à 345, spécialement n° 1, p. 322. — G. STOLFI : In tema di fideiussione per debiti futuri (A propos du cautionnement de dettes futures), Riv. dir. com., 1971, pp. 225 à 234, spécialement n° 3 in principio, p. 227 et n° 4, p. 228 et 229.

et la responsabilité qu'elles confèrent, le tact qui impose de ménager l'honneur du débiteur et son crédit auprès du créancier, le service similaire qu'il a peut-être reçu antérieurement (1) empêchent le garant de prendre en considération les risques qu'il encourt.

A la vérité d'ailleurs, l'hypothèse de l'exécution n'est guère envisagée par les parties (2). La forte dose d'ineffectivité du cautionnement, réelle (3) ou espérée, explique qu'il soit souvent considéré comme une simple formalité ; elle explique également la facilité avec laquelle le créancier peut imposer des clauses draconiennes dans les formulaires dont il exige l'utilisation et dont il remplit lui-même les blancs.

Ce faisceau de raisons encourage la tendance de certains tribunaux ou commentateurs à protéger la caution, à atténuer, par une application bienveillante des règles d'extinction, la rigueur de son engagement. Il faut se défier d'une telle attitude, nuisible au plan général car elle perturbe l'unité du régime d'extinction des obligations, mais également nuisible au sein du cautionnement car elle permet à la caution professionnelle de récupérer une protection qui ne lui est pas destinée.

2. — Disparités entre caution professionnelle et profane. Si la caution non-professionnelle est un assureur qui ne pratique pas la compensation des risques (4), en revanche les sociétés de cautionnement, banques et autres sociétés de caution mutuelle jouent de la sélection des risques et de la loi des

(1) Ce «don de confiance» est au même titre que le don matériel une forme primitive de l'échange (M. MAUSS) qui a fréquemment cours entre agriculteurs ou entre commerçants.

(2) Si le fait apparaît normal pour la caution et pour le débiteur, sûr de sa capacité de remboursement, il s'explique également pour le créancier qui compte sur la force de pression que dégage le cautionnement. Pression morale d'abord en cas de cautionnement par un parent ou un ami (qu'illustre merveilleusement la légende de la Caution contée par J. CARBONNIER : *Flexible droit*, 2^e ed°, p. 235). Pression économique ensuite en cas de cautionnement salarié ou particulièrement onéreux pour le débiteur (comme ces hostages, apparus au 11^e s. dans le Midi de la France, qui s'engageaient à tenir garnison dans une bonne auberge aux frais du débiteur : J. GILISSEN : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles*, art. précité, p. 57).

(3) Le cautionnement ne doit pas mener fréquemment à exécution sous peine de changer de nature et de ne plus trouver de caution acceptant la charge proposée. Les comptes des professionnels du cautionnement montrent d'ailleurs la rareté de leurs exécutions : cf. infra n° 17.

(4) MMs R. et J. SAVATIER et J.M. LELOUP mettent d'ailleurs le particulier en garde contre «la catastrophe à laquelle il s'expose en cas de défaillance du débiteur principal» : *Droit des affaires*, Sirey, 1974, n° 564 in fine p. 336. — Comp. les brocards anciens : «caution donnée, proche le malheur !»... «qui a pleige, si a plait», etc..... — Cf. A. DAGUIN : *Axiomes, aphorismes & brocards français de droit*, Paris, 1926, n° 1232, et aussi n° 260 et 1157.

grands nombres comme un assureur professionnel (1). La philosophie de leur engagement est toute différente de celle du simple particulier : en raison de l'obtention d'un gain substantiel calculé sur l'ensemble des engagements, en raison de la recherche d'une image de marque sécurisante et d'une satisfaction systématique du créancier, en raison de l'exigence méthodique de contre-garanties diminuant la charge du remboursement, les cautions professionnelles sont placées dans une situation particulière au regard des causes d'extinction du cautionnement (2).

Alors que le professionnel exécute rapidement à la première demande, la caution rendant un service gratuit fait flèche de tout bois lorsqu'elle est assignée en paiement. Tout argument est bon à soutenir ses espoirs de libération : le texte de l'engagement est minutieusement examiné afin d'y découvrir une cause de nullité et les circonstances qui ont suivi sa conclusion sont étudiées sous un jour nouveau pour y déceler une cause d'extinction (3).

3. — Volume du contentieux de l'extinction. Intérêts du sujet. Les efforts «vigoureux et parfois même cyniques» (4) déployés par la caution pour se libérer de son engagement sont le ferment d'une matière agitée. Les thèses développées puisent à toutes les sources et mêlent la disparition rétroactive à l'extinction. Si le but général est le même, les caractères de chaque technique les séparent nettement.

(1) La proximité des matières est telle qu'un conflit naquit entre banques et compagnies d'assurances : il fut résolu par une sentence arbitrale du conseiller d'Etat RENAUDIN (6 octobre 1952) et par un accord entre les deux professions (11 décembre 1952) qui réservent le cautionnement aux banques et l'assurance-crédit aux assurances.

La distinction terminologique couvre une réelle similitude au fond, surtout depuis qu'une loi du 11 juillet 1972 (art. 22) a accordé à l'assureur-crédit un recours subrogatoire contre son assuré (solution adoptée par Civ. 14 décembre 1943 mais rejetée par l'arbitrage RENAUDIN).

Le critère de distinction entre assurance et cautionnement doit être davantage trouvé dans la personne du garant que dans la matière du contrat (qui détermine le régime des contrats mais non leur domaine) : en ce sens, R. PERCEROU : *La nature juridique de l'assurance-crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ?*, Rev. gen. ass. ter. 1970, pp. 350-357, 473-512, spécialement n° 4, p. 354, n° 69, p. 511 et n° 71, p. 512. Adde, C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque* (1974) qui parlent d'assurance-cautionnement pour désigner «l'opération de crédit (virtuel) qui appartient... au domaine bancaire», n° 565, p. 777 — Comp. M. FONTAINE : *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Thèse, Liège, ed° Bruxelles, 1966, pp. 153 à 169.

(2) L'influence de cette particularité est surtout sensible lorsque l'extinction est liée à la personne des parties.

(3) Ainsi se vérifie la pérennité du proverbe recueilli par A. LOYSEL : «Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès», *Institutes coutumières...*, t. 1 (N^{le} éd° par DUPIN et LABOULAYE, Paris, 1846), n° 486, p. 427.

(4) J. PORTEMER, qui stigmatise cette attitude : *Quelques réflexions sur le cautionnement dans la pratique commerciale française contemporaine*, Mélanges P. ANDRIEU-GUITRANCOURT, L'année canonique, t. 17, 1973, pp. 797 à 804, spécialement p. 797.

Les causes de nullité, telles l'erreur, le vice de la cause ou de la forme que les cautions invoquent fréquemment (1), reposent sur un défaut originaire de l'obligation et ont un effet annihilateur. L'extinction au contraire ne s'applique qu'à l'engagement déjà né et sa cause n'apparaît qu'en cours d'existence. L'économie de ces argumentations est trop dissemblable pour que leur étude puisse être utilement menée de front. Un choix s'imposait que nous avons effectué en faveur du terrain moins exploré de l'extinction.

L'abondance du contentieux soulevé par le cautionnement en général et par son extinction en particulier ne cesse d'être remarquée et il n'est pas un commentaire récent qui ne commence par souligner la multiplication des décisions de justice (2) et la vitalité du cautionnement dont elles témoignent (3). Puisque seule une fraction infime du contentieux réel est publié (4), l'ampleur des difficultés qui surgissent de l'extinction du cautionnement se laisse deviner.

Deux raisons peuvent expliquer ce phénomène et dédoubler l'intérêt du sujet. La première est quantitative et réside dans le développement contemporain de l'utilisation du cautionnement. La seconde est qualitative et tient à l'imprécision du statut de l'extinction du cautionnement.

4. — Applications pratiques : cautions non-professionnelles. L'intérêt quantitatif du sujet résulte des multiples applications pratiques que le cautionnement connaît à l'heure actuelle. Cette sûreté, que certains disaient antique

(1) Parce qu'elle ne s'astreint pas à un examen sérieux des modalités de son engagement, la caution accorde un consentement qui manque souvent des éclaircissements nécessaires. — Sur les vices du consentement de la caution, cf. P. MALAURIE, note au D. 1973, pp. 733 et suiv. (et Rep. Defrénois, 1974, pp. 47 à 55) sous Civ. 1er mars 1972 et 27 juin 1973. — Sur le regain des arguties reposant sur la cause, cf. récemment M. REMOND-GOUILLOU : *L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*, J.C.P. 1977, I, 2850, n° 21.

(2) L'affirmation liminaire du Conseiller PORTEMER est un gage de cette réalité lorsqu'il constate : « Au cours de ces dernières années, la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation a statué sur un assez grand nombre de pourvois formés par ou contre des cautions (*Quelques réflexions...*, art. précité, p. 797). Mme M. REMOND-GOUILLOU cite les chiffres suivants : 115 arrêts de la Cour de cassation publiée au Bulletin en 5 ans, 1000 abstrats recensés par Jurisdata en 16 ans de jurisprudence de la Cour de cassation et 6 ans de la Cour de Paris (*L'influence du rapport caution-débiteur...*, art. précité, n° 1 in principio et note 1).

(3) Cf. par exemple D. MARTIN : Note à la Gazette du Palais 1973, 1, pp. 143 à 146, sous divers arrêts, au début du commentaire p. 144. — S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Rev. trim. dr. civ. 1974, pp. 309 à 346, spécialement n° 1, p. 310. — M. REMOND-GOUILLOU : *L'influence du rapport caution-débiteur...*, art. précité n° 1 : vitalité de l'institution.

(4) J. CARBONNIER : *Sociologie juridique*, A. Colin (1972), p. 195, et la précision que si l'analyse sociologique de la jurisprudence « n'est pas insusceptible de quantification... elle vaut surtout par les détails qu'elle procure ».

et désuète (1), envahit tous les secteurs de la vie économique. Son utilisation traditionnelle s'est maintenue et se double depuis le début du siècle des domaines gagnés par les cautions professionnelles.

Le cautionnement qu'un particulier fournit exceptionnellement parce que son parent, son ami ou son voisin le lui demande constitue l'image classique de la sûreté personnelle : elle reste vivante aujourd'hui et ses applications sont nombreuses, bien que difficiles à recenser (2). Deux points d'émergence permettent d'apprécier sa vitalité : la garantie des effets de commerce et les cautionnements exigés par les établissements de crédit.

La circulation des effets de commerce engendre un important volume d'aval, expressions cambiales du cautionnement (3). L'on aurait pu craindre que cette source importante se tarisse si les nouvelles formes de crédit qui la négligent s'étaient développées (4). Mais le peu d'intérêt qu'elles ont suscité et une tendance au report sur le cautionnement de droit commun, plus souple et d'étendue plus large, ont évité tout amoindrissement du rôle des sûretés personnelles.

Le cautionnement exigé par les établissements de crédit est la forme la plus voyante du cautionnement concédé par les non-professionnels (5), peut-être parce qu'elle est celle qui suscite les plus vives réactions des cautions. L'usage est de n'ouvrir un compte courant à une S.A.R.L. ou une S.A. (et a fortiori de ne lui accorder un crédit) qu'avec l'engagement illimité des dirigeants et principaux associés (6). De même une opération avec une société insérée dans un groupe n'est-elle conclue qu'à la condition que la société mère fournisse

(1) H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, vol. 1 (5^e ed^o, 1977), n^o 6, pp. 9 à 11, qui, bien que reconnaissant au cautionnement «une fortune nouvelle» affirment «la primauté des sûretés réelles» (ibid. p. 11 in principio).

(2) Les garanties exigées par les créanciers privés ne font l'objet d'aucune mesure qui permette d'en connaître le volume ou la fréquence. L'on peut seulement déceler certains usages, comme par exemple celui des établissements à succursales multiples du secteur alimentaire d'exiger le cautionnement général du gérant d'une succursale par son conjoint, ou encore celui des entreprises de crédit-bail, mobilier ou immobilier, d'exiger un cautionnement malgré la sécurité que leur confère la propriété du bien.

(3) L'aval constitue en pratique soit la seule garantie de la créance, soit la reproduction au plan cambial d'un cautionnement sous-jacent. C'est ainsi que la caution du remboursement d'un prêt à la consommation doit parfois signer les lettres de change ou le billet à ordre qui matérialisent le crédit.

(4) La réglementation du C.M.C.C. ne comporte aucune mention qui le concerne (cf. F. BRUN : *Le crédit de mobilisation des créances commerciales*. Thèse, Montpellier, 1973) et la lettre de change-relevé (L.C.R.) ne lui réserve qu'un cadre étroit sur le formulaire, sans un mot dans le commentaire.

(5) Selon une estimation émanant d'un financier, mais approximative, 3 opérations de crédit bancaire sur 4 seraient garanties par un cautionnement, à raison de 55 % par un cautionnement et 20 % par un cautionnement plus une sûreté réelle : D. REGNIER : *Cours d'introduction au droit des sûretés* (non publié).

(6) RIPERT critiquait cette pratique qui fait perdre à l'associé «le bénéfice de l'irresponsabilité qu'il s'était acquise en mettant l'affaire en société» : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1946, n^o 93, p. 204.

son cautionnement (1) (2). Toutes sortes de cautions sont exigées et le conjoint est fréquemment engagé en garantie de la moindre activité de son époux, qu'il s'agisse de gestion d'une entreprise ou d'un simple crédit à la consommation ou à la construction d'un logement (3). Les capacités de garantie des particuliers s'épuisant vite, certains créanciers se tournèrent vers les garants professionnels qui découvrirent ainsi un moyen avantageux de prêter leur signature.

5. — Cautions professionnelles. Le cautionnement n'est devenu un service fourni par les professionnels qu'après la première guerre mondiale, mais il a pris un essor prodigieux en l'espace de cinquante ans. Aux utilisations qui ont servi d'assise s'ajoutent aujourd'hui des applications nouvelles gagnées sur les sûretés réelles.

L'administration fut la première à exiger des garants agréés pour les cautionnement de marchés publics et dans le domaine fiscal (4). Le commerce avec l'étranger fournit un domaine d'élection au cautionnement professionnel et des organismes spéciaux furent créés afin d'y satisfaire (5).

(1) Mr H. HOVASSE note en prélude à son étude sur : *La validité des sûretés consenties entre les sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale* (Thèse, Rennes, 1974) que le cautionnement «est la seule technique juridique qui permette..... aux groupes de reconstituer leur unité, de telle sorte qu'ils offrent aux tiers une surface financière..... à la mesure de leur puissance économique» (n° 4, p. 3, dactyl.).

(2) Cette pratique n'est pas sans inconvénients et a été stigmatisée par Mr H. RENAUDIN (rapporteur de l'intergroupe «Financement de l'industrie» de préparation du 6^e plan) qui déplore l'habitude «de récuser la garantie des filiales au profit de la caution de la société mère, ... même si sa participation est inférieure à 50 % du capital» (Rapport de l'intergroupe précité, La Documentation française, t. 1 (1971), p. 363.

(3) Les formulaires des établissements financiers comportent souvent un cadre réservé à l'engagement du conjoint : par exemple, les formulaires de la Compagnie Bancaire.

Par ailleurs les prêts d'épargne-logement ne sont accordés aux jeunes ménages qu'avec une sûreté personnelle, généralement le cautionnement des parents.

(4) Les crédits d'impôts directs ou de T.V.A., l'enlèvement des marchandises sous douane en crédit de droits, la circulation des vins et alcools en crédit de droits ne sont accordés qu'en contrepartie d'un cautionnement bancaire. Sur les applications de cette méthode, cf. J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution (Le rôle des banques et des établissements financiers). (ou Le cautionnement bancaire)*, Thèse, Lille, 1963, Sirey, 1964 (Bibl. dr. com., t. 9, préf. M. Vasseur), pp. 31 à 72.

(5) La Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) et la Banque française pour le commerce extérieur (BFCE) accordent leur garantie pratiquement pour toute opération sur l'étranger. Toutes ces interventions ne prennent cependant pas la forme d'un cautionnement car les «garanties» sui generis offertes par ces organismes se développent, (cf. le dossier sur «*Les banques et la conjoncture*» publié par Le Monde, 22 avril 1975, pp. 31 à 40, spécialement p. 40). — Ajoute sur le cautionnement délivré par les banques : J.P. MATTOUT : *La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme* ; Banque 1977, pp. 419 à 422.

Ces divers emplois ne suffiraient pas à expliquer l'importance actuelle du cautionnement professionnel et notamment bancaire (1). Au 2 janvier 1974, alors que le total des fonds versés à la clientèle par les banques était de 400 Milliards de F, le total des cautionnements s'élevait à 131 Milliards de F, soit environ le tiers (2), alors qu'il n'était que de 14 Milliards en 1962 !

Ce «développement considérable» (3) traduit le gain de nouveaux secteurs économiques, principalement en complément des garanties réelles apparues insuffisantes (4). Les opérations de construction immobilière donnent au cautionnement bancaire une place prépondérante au sein des diverses formes de garantie (de financement, d'achèvement ou remboursement, de responsabilité) (5). De même, le domaine des prêts hypothécaires notariaux se panache aujourd'hui de garantie personnelle : le Conseil Supérieur du Notariat impose en effet aux notaires de faire garantir les prêts hypothécaires dans lesquels ils interviennent par un cautionnement émanant d'un garant professionnel qu'il a agréé (6). Enfin il n'est pas sans saveur de noter que les banques utilisent le cautionnement pour pénétrer les circuits extra-bancaires de crédit. Selon une estimation de la Banque de France, la moitié des «face à face» (crédits entre deux entreprises non spécialisées dans le commerce de l'argent) est garantie par un cautionnement bancaire (7). Ces circuits parallèles, que l'encadrement du crédit encourage, n'échappent pas au besoin de sécurité de toute opération de crédit.

(1) *Pour une étude du domaine d'application du cautionnement bancaire*, cf. J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution*, Thèse précitée, pp. 29 à 107 et *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 34, 1^{er} cah. (1965). — G. PETIT-DUTAILLIS : *Le risque du crédit bancaire*, t. 1, 3^e ed^o, 1967, n^o 541 à 552, pp. 375 à 384. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque* (1974), n^o 505 et 506, pp. 678 à 683. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed^o (1975), n^o 313, pp. 377 et 378.

(2) Chiffres extraits de l'article de Mr G. PETIT-DUTAILLIS : *Le système bancaire français*, in «*La banque*», n^o 169 des Cahiers Français (janvier-février 1975, La Documentation française), pp. 25 à 30, spécialement : *un essai de synthèse*, p. 30.

(3) R. HOUIN : *Le cautionnement bancaire*, Banque 1964, pp. 809 et 810 (présentation de la thèse de J.P. WATTIEZ), spécialement p. 809.

(4) Ce phénomène de complémentarité n'est pas récent et J. GILISSEN cite l'exemple d'une caution réelle dans la Grèce antique (rapport précité, p. 89). Toutes les combinaisons ont de tout temps été pratiquées : cautionnement réel, cautionnement général plus garantie réelle accordée par la caution, cautionnement plus sûreté réelle fournie par le débiteur.

(5) A.P. GOURIO conclut son étude du «*Rôle des banques dans les opérations de promotion d'immeubles à usage d'habitation*» par la constatation qu'il n'y a pas, en pratique, «de solution de protection indépendante du recours aux banques», (Thèse, Rennes, 1975, p. 309). Les garanties intrinsèques ne peuvent pas apporter la même sécurité qu'un cautionnement.

(6) Cf. B. DEROUVROY, rapport au 69^e congrès des Notaires (Le crédit hypothécaire au service de l'économie. Le Touquet, 1972) spec. t. 2, p. 52 — Adde note 4 p. 40.

(7) Cela représente : — pour 1969, de 5 à 7 milliards de francs — pour 1974, de 9 à 13 milliards de francs — Ces chiffres sont extraits de la très intéressante étude de Mlle M. SAINT-MARC parue à la Revue Banque 1975, pp. 693 à 703 sous le titre : *Le pouvoir monétaire des entreprises* ; cf. spécialement tableau 4 p. 697.

6. — **Coexistence des deux sortes de cautionnement.** Le cautionnement professionnel ne tend pas à remplacer le cautionnement non-professionnel, mais à le compléter en élargissant la gamme des avantages fournis au créancier. Si la caution professionnelle exécute sans réticence et écarte le spectre de l'insolvabilité, son concours grève le coût du crédit. Au contraire le cautionnement du profane est gratuit et d'obtention facile.

Le législateur puise d'ailleurs aux deux sources lorsqu'il exige la fourniture d'un cautionnement. Les codes napoléoniens faisaient appel en grande part à la technique du cautionnement, soit en le rendant obligatoire (1), soit en l'indiquant au créancier comme garantie souhaitable (2) ou substituable à une autre (3). Si certains textes ont été abrogés (4), l'acquis antérieur (5) a été développé, surtout à l'époque contemporaine, soit pour protéger des créanciers en position de faiblesse (6), soit à la demande de débiteurs désirant inspirer confiance (7). Ces nouveaux cautionnements obligatoires ne peuvent être fournis que par des cautions professionnelles agréées.

En marge de ces deux catégories de cautions et à mi-chemin entre elles se situe l'intervention de l'Etat. Il garantit parfois des opérations conclues entre particuliers, lorsque l'intérêt général corrobore les intérêts privés (8), mais cette action demeure limitée (9). Il intervient plus fréquemment par l'intermédiaire

(1) C. civ. art. 16 : caution *judicatum solvi* — art. 120 et 123 : envois en possession des biens de l'absent — art. 2185-5° : purge des hypothèques : vente demandée par un créancier.

(2) C. civ. art. 601 et suiv. et 626 : Usufruit ; droits d'usage et d'habitation. — art. 807 : Héritier bénéficiaire. — art. 1518 : Communauté conventionnelle ; préciput, (conservé par la loi du 13 juillet 1965).

(3) C. civ. art. 1653 : Vente, droits de l'acheteur.

Adde : Loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 (art. 1 al. 4) qui permet à l'entrepreneur de remplacer la retenue de garantie par un cautionnement d'établissement agréé.

(4) Ainsi en est-il de l'art. 16 C. civ. organisant la caution *judicatum solvi*, de l'art. 771 C. civ. en matière de successions vacantes ou des art. 120 et 123 C. civ., remodelés lors de la réforme de l'absence et de la suppression de l'envoi en possession provisoire.

(5) Aux textes du Code civil, s'ajoutaient : — C. proc. civ. (ancien) : art. 166 et 167, 542, 832, 992 et 993. — C. com. : art. 120, 151 et 152, 231, 346, 384, 466. — C. inst. crim. : 114 et suiv. — C. pen. : 44 et 46.

(6) Par ex., la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, organisant la protection des sous-traitants, impose à l'entrepreneur général la fourniture d'un cautionnement (art. 14).

(7) Ces professions demandent au législateur de généraliser un système de garantie des clients : — Agents immobiliers et administrateurs de biens : loi 70-9 du 2 janvier 1970 et décr. 72-678 du 20 juillet 1972. — Conseils juridiques : loi du 31 décembre 1971 et décr. du 13 juillet 1972. — Agences de voyages : loi n° 75-627 du 11 juillet 1975 ; art. 3-c.

(8) Cf. J.P. WATTIEZ : Thèse précitée, pp. 7 (in fine) et 8, qui énumère les principales situations visées, notamment les emprunts destinés à financer le développement économique et social des Etats membres de la C.E.E.

(9) Cf. M. VASSEUR : *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, L.G.D.J., 1959, p. 320.

d'organismes publics ou semi-publics comme les Chambres de commerce (1) ou le Crédit Foncier de France (2), et paraît même vouloir prendre place parmi les fournisseurs habituels de cautionnement par l'intermédiaire de la Caisse des Dépôts (3). Cette garantie constitue «dans un pays où la fortune de l'Etat est la plus grande de toutes, la meilleure des cautions» (4) (5) ; elle s'intègre aux rouages du système industriel capitaliste dans lequel «l'entreprise évoluée devient partie intégrante du complexe administratif plus large qui est lié à l'Etat» (6) et favorise l'avènement de la «technostructure» (7).

L'on peut s'étonner du fait que ce vif intérêt que tous les agents économiques portent au cautionnement n'ait pas suscité une meilleure élaboration de son régime d'extinction (8).

7. — **Intérêt qualitatif du sujet ; virginité.** L'importance d'un statut de l'extinction du cautionnement se mesure à l'utilité qu'il fournit en éclairant les intéressés sur la fiabilité de cette sûreté. Le poids d'une telle qualité pourrait faire croire à l'existence d'examens approfondis et l'ancienneté de la matière aurait dû faire pâlir son intérêt doctrinal. Rares sont néanmoins les monographies qui lui sont consacrées et aucune ne traite de son extinction. Le fait est commun à tous les contrats : la surabondance des études sur leur formation

(1) Nous avons eu connaissance d'un cautionnement accordé par une Chambre de commerce en garantie d'un concordat à 100 % obtenu par une importante entreprise locale. Certaines Chambres ont même envisagé la possibilité de systématiser l'octroi de leur garantie aux entreprises afin de permettre au commerce local d'obtenir du crédit à moindre coût.

(2) Notamment dans les prêts immobiliers conventionnés (P.I.C.) où le Crédit Foncier s'engage comme caution de la banque prêteuse.

(3) Cette banque propose en effet aux notaires et aux avocats de leur accorder gratuitement sa garantie à la condition qu'ils déposent dans ses caisses les fonds qu'ils détiennent pour le compte de leurs clients.

(4) R. SAVATIER : *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, t. 1, 3^e ed° (1964), n° 116, p. 144.

(5) J. HEMARD, qui souligne l'importance de cette intervention, se demande cependant si elle «ne consiste pas davantage à donner des moyens de crédit qu'à accorder une sûreté». Rapport général sur *«Les sûretés personnelles en Europe occidentale au XIX^e et au XX^e siècles»*. Rec. soc. J. BODIN, t. 30, Bruxelles, 1969, pp. 7 à 42, spécialement n° 68, p. 42.

(6) J.K. GALBRAITH : *Le nouvel Etat industriel*, Gallimard, 2^e ed°, 1974, p. 414.

(7) Terme utilisé par GALBRAITH pour désigner l'organisation de dirigeants au sein de laquelle se prennent collectivement les décisions économiques (op. cit. passim, et spécialement chap. VI).

(8) Cet étonnement élevé à la hauteur d'une philosophie (P. AMSELEK : *L'étonnement devant le droit*, A.P.D., t. 13, 1968 (sur les notions du contrat), pp. 163 à 183, conduit à la vigilance et à la lucidité (op. cit. p. 168 in principio) parce qu'il «n'est rien d'autre, au fond, que ce catalyseur de l'activité scientifique que l'on nomme plus couramment esprit critique» (ibid. p. 164).

contraste avec le mince commentaire de leur exécution ou de leur extinction (1).

Pourtant l'intérêt pratique que les sujets de droit portent à leurs obligations est en sens contraire du cheminement doctrinal (2). Le particulier se préoccupe bien davantage de l'extinction de son obligation que des conditions de sa naissance : la non-conclusion d'une bonne affaire est moins grave que la disparition avant exécution d'un contrat sur lequel des espoirs justifiés étaient fondés ; pire est encore l'absence d'extinction d'un engagement qui devait disparaître.

Abandonnée à l'empirisme (3), l'extinction du cautionnement a été gouvernée par les influences antagoniques et successives des créanciers et des cautions (4). L'incertitude de son état procède d'un conflit entre deux politiques du cautionnement, celle d'un cautionnement lâche favorable aux cautions et celle d'un cautionnement rigoureux apprécié des créanciers, conflit dont l'histoire et le droit comparé montrent la permanence.

8. — Historique. Si l'histoire ne se répète jamais, elle peut se copier lorsque les mêmes causes conduisent à des effets comparables. Le cautionnement en fournit l'illustration à travers les quatre cycles de son évolution.

La Rome archaïque ne connaissait pas l'engagement accessoire (5). Le cautionnement tel que nous le concevons aujourd'hui n'existait donc pas ;

(1) Mme N. CATALA, dans son ouvrage sur « la nature juridique du paiement » faisait déjà cette remarque. Exception faite de cette thèse qui concerne pour partie l'extinction des obligations, l'affirmation reste encore vraie aujourd'hui, (Thèse, Paris, 1960, L.G.D.J., 1961 (Bibl. dr. privé, t. 25, préf. J. Carbonnier), n° 250, p. 335.

V. cependant les études sur la durée des contrats (J. AZEMA, 1968), la compensation (R. MENDEGRIS, 1967), la prescription extinctive (D. LANDRAUD, 1971).

(2) Mr le Doyen CARBONNIER remarque à ce propos qu'« il n'est pas douteux que, conformément aux postulats volontaristes, notre droit, dans l'ensemble, attache plus d'importance à la formation qu'à l'exécution du contrat. Le réalisme de l'autre thèse mériterait, pourtant, considération ». Droit civil, t. 4, 8^e ed° (1975), n° 6 in fine, p. 26.

(3) P. DURAND a stigmatisé « le divorce entre un droit noble, méritant l'intérêt des juristes, et un droit abandonné à la pratique et aux administrations, que l'on peut délaisser » (*La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé*, D. 1956, chron., pp. 73 à 76, spécialement p. 76, 1^{re} col.). Si ces « branches du droit sont informes parce que la doctrine les néglige... il suffit de les aborder pour voir s'édifier une construction nouvelle » (ibid., p. 76, 2^e col.).

(4) Cf. en ce sens P. SIMLER : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, pour qui « l'histoire du cautionnement est celle d'un perpétuel conflit entre les intérêts de la caution... et du créancier » (n° 1).

(5) Et elle n'a utilisé l'engagement individuel de garantie que lorsque les garants naturels imposés par la solidarité du groupe social (familia, consortium et gens) disparaurent. Sur cette sûreté institutionnelle en général, cf. J. GILISSEN : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général* ; Rec. soc. J. BODIN, t. 28 (*Les sûretés personnelles*, 1^{re} partie), 1974, pp. 5 à 127, spécialement pp. 43 à 47. Sur son existence à Rome, cf. A.E. GIFFARD : *Précis de droit romain*, Dalloz, 2^e ed° (1938), n° 510, p. 333.

ses ancêtres (vas, præs, vadimonium et vindex) (1) étaient utilisés, semble-t-il, principalement au cours des procès (2) et entraînaient un engagement principal du garant.

Le premier cycle commence avec l'autonomie du cautionnement qui s'est lentement dégagé de la solidarité collective pour devenir, par les techniques de la sponsio (pour les citoyens romains) et de la fidepromissio (pour les pérégrins), un contrat solennel verbis (3). La caution y est aussi durement tenue que le débiteur principal mais elle n'est que rarement forcée à l'exécution : Rome n'est encore qu'une petite ville et la crainte de l'opprobre public empêche le débiteur de laisser la caution payer pour lui.

Pendant la période pré-classique, l'effort va tendre à mettre le droit en accord avec les mœurs. Puisque l'engagement est surtout de convenance sociale, sa rigueur juridique va s'atténuer : le point d'orgue de l'évolution est la Loi Furia de sponsu (4) qui libère la caution deux ans après l'échéance et abolit toute solidarité entre les sponsores.

Le premier cycle est alors achevé : d'un engagement rigoureux satisfaisant le créancier, le cautionnement est devenu un engagement laxiste, confortable pour la caution. Le terrain est prêt pour que commence la deuxième période.

Le deuxième cycle apparaît à la fin de la République et au début de l'Empire, en raison de l'augmentation des besoins de crédit due au développement du commerce (5). Puisque le cautionnement classique est insuffisant, puisque «l'influence commerciale tend sans cesse à ramener le cautionnement vers la solidarité» (6), la pratique crée parallèlement une nouvelle technique du cautionnement : la fidejussio. Lors de sa naissance, au 7^e siècle de Rome, la fidejussio est vraiment une sûreté à but économique (7). Mais elle va s'effriter

(1) L'on a très peu de renseignements sur ces formes archaïques. (E. CUQ : *Les institutions juridiques des romains*, t. 1 (1899), pp. 380 à 383. Les conjectures de certains auteurs les conduisent même à supposer que le garant était le seul à être véritablement engagé (Haftung) le principal intéressé ne supportant qu'un devoir (Schuld) : G. BOYER : *Cours*, t. 2, p. 60, cité par P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, t. 1, 2^e ed° (1969), n° 310, p. 338.

(2) En ce sens : P.F. GIRARD : *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e ed° (1906), p. 748 in principio.

(3) «Le terme, d'ailleurs sans valeur technique, d'adpromissio, qui est le pendant du côté passif de l'adstipulatio, convient à ces deux modes de cautionnement» : J. MAC-QUERON : *Histoire des obligations, Le droit romain*, 2^e ed° (1975), Aix, p. 465.

(4) Sa date est l'objet de controverses : cf. plus particulièrement R. THISSE : *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité*. Thèse, Montpellier, 1895, p. 61, qui estime, après avoir longuement étudié les diverses probabilités, que «la Loi Furia fut donc portée, au plus tard, en 655» alors que P.F. GIRARD affirme qu'il est «impossible de l'attribuer avec M. Appleton... à P. Furius, tribun en 654» (manuel. élém. dr. rom., 4^e ed° (1906), p. 755, note 3 in fine) et la situe à la fin du 6^e s. de Rome (ibidem).

(5) «Rappelons-nous que l'époque impériale est marquée par le développement du commerce» : R. THISSE, thèse précitée, p. 108.

(6) R. THISSE : Thèse précitée, p. 109.

(7) P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : op. cit. n° 312, p. 341.

pendant toute la durée de l'empire romain d'orient.

Le troisième cycle est parallèle au second mais se déroule en occident. Les Francs apportent avec eux un cautionnement primaire et fort rigoureux : la caution (wadia), très liée au débiteur par des liens de famille ou de vasselage, est un otage entre les mains du créancier. La plègerie féodale qui s'en dégage ensuite conserve cette rigueur dans l'engagement (1).

Le 16^e s. est un tournant qui annonce le même mouvement d'adoucissement de la caution. La deuxième renaissance du droit romain tempère le cautionnement des divers bénéfices (discussion, division et cession d'actions) (2). Au 18^e s., ce troisième cycle est achevé et le cautionnement n'offre qu'une sécurité insuffisante.

Le Code civil est héritier de cette situation et ne prend pas en compte les besoins de la pratique : « la France de 1804 s'était donnée un cautionnement de bienfaisance » (3). Le Code civil marque le déclin du cycle qu'il clôture.

Le quatrième cycle s'amorce vers 1850. La pression des créanciers, dans un monde où l'économie et le crédit croissent rapidement, devient plus forte. En 1886, un auteur constate que « la pratique montre désormais que, dans tous les contrats de cautionnement, on fait engager les cautions comme cautions solidaires » (4).

Cette habitude se conjugue avec l'essor du cautionnement qui marque l'avènement véritable du 20^e s. économique, après 1918. Alors qu'en 1906 un juris-sociologue affirmait que « le cautionnement purement conventionnel est devenu assez rare » (5), un auteur constatait en 1928 que « l'usage des garanties et cautions de banque n'a pas cessé de s'étendre dans les dix dernières années » (6).

Aujourd'hui, sur le terrain favorable de la liberté contractuelle, les créanciers ont construit un cautionnement rigoureux, dangereux pour la caution, fort différent de celui proposé par le Code. L'accentuation de ce mouvement entraîne par contrecoup certaines réactions en faveur de la caution. Une telle inclination ne peut que détourner du cautionnement les créanciers exigeants et susciter des mécanismes de remplacement, ainsi que l'atteste l'exemple de quelques pays voisins.

(1) L'évolution de la plègerie (ou plévine) suit également un cheminement semblable au cycle général. Des plèges influents et des plèges-otages des XI^e et XII^e s., l'on passe aux plèges-débiteurs du XIII^e s. et enfin aux plèges-simples au XIV^e s. : P. GOFFIN : *Les sûretés personnelles en Belgique aux XIX^e et XX^e siècles*. Rec. soc. J. BODIN, t. 30 (3^e partie, 1969), pp. 121 à 151, spécialement p. 123.

(2) Ces bénéfices, qui étaient à l'origine des faveurs accordées par le prêteur puis par l'empereur, ont été reçus en France comme un legs du droit éteint de l'empire romain d'orient (1453 : prise de Constantinople).

(3) M. REMOND-GOULLAUD : *L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*, Art. précité, n° 1 in fine.

(4) M. FOURNIER : *Le cautionnement solidaire*. Rev. crit. leg. et jur. 1886 (pour la première partie), pp. 695 à 718, spécialement n° 13, p. 703.

(5) R. de la GRASSERIE : *Les principes sociologiques du droit civil*, Paris, Giard et Briere, 1906 (Bibl. sociologique internationale, t. 34), p. 360.

(6) A. MATER : *Garanties et cautions de banque*. Rev. du droit bancaire, 1928, pp. 5 à 17 et 49 à 55, spécialement p. 5.

9. — **Exemples étrangers.** La tendance à l'engagement très souple, très lâche, est concrétisée par la législation suisse. Par la réforme de 1941 (1), les Suisses ont choisi de réglementer impérativement le cautionnement. En renforçant les exigences de forme, en atténuant la solidarité, en multipliant les causes d'extinction, le législateur a échafaudé un système de sauvegarde de la caution si excessif qu'il en est renié par le marché du crédit. Cette «maladresse législative» (2) impose à la pratique, la doctrine et la jurisprudence de rechercher des moyens juridiques avouables permettant le recours à des sûretés personnelles soustraites à cette réglementation sclérosante et inadaptée (3).

De la même façon d'autres droits ont développé une «garantie», engagement personnel abstrait qui n'est pas accessoire et qui se caractérise par sa rigueur et son indépendance par rapport à l'obligation principale. La jurisprudence néerlandaise, sur la base de la notion de porte-fort (4), et la pratique allemande (5) ont ainsi érigé la «garantie» en technique autonome, proche quant à son efficacité de l'assurance-crédit (6) ; les bornes du cautionnement sont alors franchies.

Ces deux exemples empruntés aux droits voisins ne doivent cependant pas laisser croire que le cautionnement est d'une façon générale régi par l'esprit de système. Hormis la Suisse, les divers droits se laissent aller au plus profitable des pragmatismes et règlent le cautionnement sans idée générale, adaptant les prescriptions aux nécessités du crédit et aux exigences (ou innovations) de la pratique. L'hétérogénéité du droit comparé impose donc de l'utiliser ponctuellement, lors de l'examen de chacune des causes d'extinction.

10. — **But, méthode et plan.** Le droit français est semblable aux autres et le domaine de l'extinction du cautionnement y est en friche. Cette situation explique et aggrave la propension des créanciers, poussés par cette «mystique de la sécurité *qui* est peut-être la seule religion attribuée à l'ensemble des

(1) Loi fédérale du 10 décembre 1941 portant révision du titre XX du Code des Obligations.

(2) P.A. GILLIERON : *Les garanties personnelles en matière bancaire*. Thèse, Genève, 1958 (2^e ed° inchangée, Droz, Genève, 1969), p. 6.

(3) P.A. GILLIERON a d'ailleurs pris pour but la recherche d'une «substitution des garanties», c'est-à-dire de la possibilité d'user d'autres garanties personnelles que le cautionnement. Thèse précitée, pp. 6 et 7, et les développements, pp. 176 à 230.

(4) A partir de l'article 1120 de notre Code civil (art. 1352 B.W. Néerlandais).

(5) Cf. L'étude du MAX PLANCK INSTITUT sur «*Le cautionnement dans le droit des états membres des communautés européennes*» réalisée en 1969 à la demande de la Commission des Communautés européennes, n° 12, p. 10.

(6) Les banques belges souscrivent également, en qualité de garants, de tels engagements, notamment envers des organismes gouvernementaux étrangers pour l'achat de matériels ou d'installations importantes : J. HEENEN : *Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge*. Rec. soc. J. BODIN précité, t. 30 (1969), pp. 153 à 162, spécialement pp. 161 et 162.

Français» (1), à épuiser le crédit de la caution particulière par des engagements illimités renforcés de renonciations diverses (2).

Or l'intérêt général impose la parcimonie en la matière et «il appartient au droit positif de ne pas gaspiller le patrimoine du débiteur en largesses inutiles, car il doit répondre à la satisfaction de tous les créanciers» (3). Une meilleure connaissance de l'extinction de la sûreté ne peut que conforter sa finalité en augmentant la confiance qu'elle engendre. Le besoin de sécurité, «cette nécessité la plus indispensable après celle de la nourriture» (4) qu'éprouve le créancier, sera alors mieux satisfait (5).

Cependant les causes d'extinction sont diverses et l'influence de certains événements sur l'existence du cautionnement est incertaine ; la matière est à la fois large et de contours imprécis (6), ce qui rend l'effort d'organisation quelque peu délicat (7). Si le sujet impose donc une démarche analytique (8), le foisonnement de ses composantes doit être discipliné. Les caractéristiques du cautionnement fournissent le principe d'organisation.

Le cautionnement, comme tout contrat, fait naître un lien d'obligation qui assujettit la caution et qui est par principe soumis au droit commun. Mais ce lien tend à prendre quelques distances avec le droit commun non pas tant parce qu'il n'est que l'accessoire d'une dette principale mais parce qu'il puise son origine dans un contexte extérieur au créancier et à la caution, un contexte que meublent des considérations d'ordre affectif, social, économique, un contexte où la considération de la personne est prépondérante. Garantie patrimoniale à résonnance humaine, il intègre plus que d'autres contrats, l'influence des parties

(1) G. LAGARDE : *Rapport devant l'association H. CAPITANT sur la limitation de la responsabilité dans les entreprises commerciales et les moyens de parer à ses dangers*. Travaux, t. 9, 1955 (Dalloz, 1957), pp. 69 à 165, spécialement p. 69.

(2) Alors se vérifierait l'affirmation de SCHUMPETER selon laquelle «l'évolution capitaliste refoule à l'arrière plan toutes les institutions... qui répondaient aux besoins et aux pratiques d'une activité économique vraiment privée». (*Capitalisme, socialisme et démocratie*. Paris, Payot, 1967, p. 199).

(3) R. Le BALLE : *Cours de droit civil*, 3e année licence ; 1964-65. *Les cours de droit*, Paris, p. 539.

(4) STUART MILL : *L'utilitarisme*, p. 105.

(5) Mr le Doyen R. SAVATIER confie au juriste la mission «d'établir la sécurité dans les relations humaines» et de permettre à chacun «de mesurer, d'avance, les conséquences de ses actes» en donnant «une relative stabilité aux institutions du droit qu'il construit» : *Les métamorphoses...*, 2e série, 1959, n° 44, p. 72.

(6) Les notions d'extinction et de cautionnement sont employées dans leur acception courante. Bien que ne nécessitant pas de définition, elles tolèrent une frange d'approximation qui se refléchit notamment sur l'étendue de leur domaine d'application.

(7) L'opinion contraire parfois soutenue (J. BRETHER de la GRESSAYE : *Le droit du crédit*. Mél. R. SAVATIER, 1965, pp. 115 à 133, spécialement p. 128, II-chapeau) peut s'expliquer par le renvoi trop hâtif que les auteurs font au droit commun.

(8) En appliquant la leçon de JHERING nous passerons de l'analyse juridique à la «concentration juridique», dont DEMOGUE disait qu'elle a pour but de «réunir ce qui peut être groupé par raison de similitude et d'établir des règles générales auxquelles se rattachent des solutions particulières» (*Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 226), pour aboutir en conclusion à la construction juridique.

au lien de droit qui les unit. L'entrelacs de ces aspects complémentaires n'est pas suffisamment serré pour qu'on ne puisse le dénouer et séparer l'influence des facteurs objectifs d'extinction de ceux qui ont trait aux sujets de l'obligation (1). L'article 2036 C. civ. illustre cette possibilité en n'ouvrant à la caution que les exceptions inhérentes à la dette et en lui refusant celles qui sont purement personnelles au débiteur. La formule vaut d'être reprise et élargie.

Aux causes d'extinction inhérentes aux engagements des parties, qui n'exigent qu'adaptation du droit commun des obligations, s'opposent *les causes d'extinction inhérentes à la personne des parties* qui, sensibles au contexte de l'opération et à la compétence professionnelle de la caution, présentent un particularisme plus accusé.

**Première partie : LES CAUSES D'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT
INHÉRENTES AUX ENGAGEMENTS DES PARTIES.**

**Deuxième partie : LES CAUSES D'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT
INHÉRENTES A LA PERSONNE DES PARTIES.**

(1) L'effort a été précédemment mené pour la formation des obligations (W. YUNG : *Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux*. Mé. P. CARRY, Genève, 1964, pp. 169 à 192) ou des actes juridiques (J. HAUSER : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique...*, Thèse, Paris, 1969, L.G.D.J., 1971) et partiellement pour leur exécution (P. HEBRAUD : *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*. Mé. J. MAURY, t. 2 (1960), pp. 419 à 176. J. HAUSER : op. et loc. cit.) mais jamais encore pour leur extinction.

PREMIERE PARTIE

**LES CAUSES D'EXTINCTION
DU CAUTIONNEMENT
INHÉRENTES AUX ENGAGEMENTS
DES PARTIES**

11. — **Détermination des causes inhérentes aux engagements.** Ces causes d'extinction se caractérisent par la relation qui les attache à chacun des engagements. Comme *l'exécution* qui désigne tout à la fois l'accomplissement d'une mission et la mise à mort, elles trouvent dans le lien de droit leur source et leur aboutissement. Ce sont des *causes endogènes* d'extinction.

L'image contenue dans les expressions de «libération de la caution» ou de «caution déliée de son engagement» va plus avant que la simple évocation. Elle constate la disparition du «vinculum juris» décrit par JUSTINIEN (1) ; comme une corde réduite en poussière ou distendue, le lien de droit tombe, l'entrave disparaît.

L'engagement est révélé dans toute son abstraction par l'analyse des causes de sa disparition. La recherche des éléments d'extinction qui n'ont de relation qu'avec lui permet d'apprécier la façon dont leur origine et leur effet sont concentrés sur ce rapport de droit.

Les causes d'extinction ainsi regroupées sont celles qui, en droit commun, mettent fin à toute obligation juridique. Cependant leur mécanisme grippe parfois lorsqu'il faut l'appliquer au rapport triangulaire de l'opération de cautionnement. L'effort en matière de facteurs inhérents à l'engagement des parties n'est pas de découvrir mais de perfectionnement. La solution doit à la fois contenir une explication du mécanisme extinctif et une règle d'application (2).

(1) JUSTINIEN : *Institutes*. Livre 3, titre 13, in principio : «Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura».

(2) Cf. sur ces points, E. BERTRAND : *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*. D. 1951, chron., pp. 151 à 154, spécialement p. 151, I.

12. — Classification de ces causes d'extinction. En matière d'extinction du cautionnement les guides sont rares quand il ne sont pas trompeurs. Le seul texte général traitant de l'extinction des obligations - l'article 1234 C. civ. - est si imprécis et incomplet qu'il ne peut servir de principe de classification (1). Quant aux nombreux textes spéciaux consacrés à l'extinction du cautionnement (2), ils n'apportent que des solutions ponctuelles dans quelques cas particuliers. Faute de point d'appui dans les textes, il faut rechercher ailleurs une base solide et générale pour pouvoir progresser (3) (4).

Le mise en parallèle de la fin des obligations et de leur naissance incite à emprunter aux théories de la formation des obligations une technique de classification. La tentation est d'autant plus vive qu'elles offrent en modèle la distinction éprouvée entre les actes et les faits juridiques. Si l'extinction était l'envers de la naissance, la transposition de ces notions, qui sont d'envergure suffisamment ample (5), pourrait être effectuée (6). Malheureusement deux obstacles au moins rendent le recours infructueux.

D'abord apparaissent les difficultés propres aux facteurs d'extinction, particulièrement dans une opération à trois parties. La «relativité très sensible dans les cas les plus complexes» (7) dont est empreinte la distinction des actes et des faits juridiques apparaît notamment face au paiement ou au terme extinctif. Le paiement revêt une nature changeante en tant qu'opération d'exécution mais est nécessairement un fait juridique en tant qu'événement extinctif (8). Le terme est un acte volontaire lors de sa détermination mais un événement purement factuel lors de sa survenance.

(1) En ce sens : — G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE : t. 13. *Des obligations*, t. 2, 3^e ed° (1907), n° 1383, pp. 494 et 495. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed° (1954), n° 1148, p. 550. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, 1^e vol. (1962), n° 846, pp. 851 et 852.

(2) Par exemple : art. 1281 al. 2 concernant la novation ; art. 1287 et 1288 concernant la remise de dette ; art. 1294 concernant la compensation ; art. 1301 concernant la confusion ; etc...

(3) Sur les fondements de la méthode, cf. R. DESCARTES : *Discours de la méthode*, seconde partie, premier principe, in ed° Garnier — Flammarion, 1966, p. 47.

(4) Sur l'absence d'étude spéciale de l'extinction des obligations, cf. supra n° 7.

(5) La distinction des actes et faits juridiques n'a-t-elle pas été étendue par la doctrine moderne de la création des obligations à celle des droits subjectifs en général ? Cf. G. CORNU : *Cours de droit civil*, licence 1^e année, 1971-1972, Paris. Les cours de droit, p. 34 in principio.

(6) La Commission de Réforme du Code civil a proposé la définition suivante pour l'acte juridique : «manifestation de volonté qui a pour effet de créer, modifier ou éteindre un droit» (*Projet de révision du Code civil*, art. 1er. Travaux, t. 3, 1947-48, p. 339). Même si aucune définition des conséquences d'un fait juridique n'a été retenue, il est certain que sa finalité ne peut qu'être celle accordée à l'acte.

(7) P. HEBRAUD : *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*. Mélanges J. MAURY, t. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp. 419 à 476, spécialement p. 427.

(8) N. CATALA : *La nature juridique du paiement*. Thèse, Paris, 1960, L.G.D.J., 1961 (Bibl. dr. privé, t. 25, préf. J. Carbonnier), n° 159 à 164, pp. 238 à 245.

A cela s'ajoute la multiplication et l'ubiquité des parties au sein de l'opération de cautionnement. Or «des parties au tiers, de l'acte juridique au fait juridique, le passage est parfois incertain. L'interprétation n'est pas ignorée» (1). Tout concourt au sein du cautionnement à rendre l'analyse incertaine, la dichotomie délicate : le caractère tri-partite de l'opération, l'influence d'un contexte parfois affairiste parfois désintéressé, le carrousel des intérêts tantôt associés, tantôt parallèles, tantôt antagoniques, ...

Le second obstacle, autrement important, réside dans l'imprécision de la distinction ; à la marge, des zones d'interférence apparaissent qui rendent confuse la classification. Il faut tout d'abord écarter l'acception la plus large du «fait juridique» (2) qui recouvre toutes les situations (3). Il faut ensuite déterminer un critère de classification. Sans remonter à la théorie élaborée par PLANIOL qui érigeait l'acte juridique en un pouvoir autonome concurrent de la loi (4), et qu'il appartient à BONNECASE de corriger (5), trois clivages sont proposés.

L'acte juridique est selon l'école classique une manifestation de volonté dirigée vers la production d'un effet de droit (6). Pour les tenants de la position

(1) F. TERRE : Sur la sociologie juridique du contrat. A.P.D. t. 13 (1968), pp. 71 à 88, spécialement p. 79.

(2) «Fait» entendu comme tout événement pris en considération par le droit pour en faire découler un effet de droit. — Cf. : J. BONNECASE — *Supplément au traité de droit civil* de G. BAUDRY-LACANTINERIE et ses collaborateurs, t. 1, Paris, Sirey, 1924, n° 374, pp. 586 et 587 ; eod. op., t. 2, 1925, n° 252, p. 283, n° 312 et 313, pp. 357 à 359. — *Introduction à l'étude du Droit*. Paris, Sirey, 2^e ed° (1931), n° 55, pp. 104 et 105. — P. HEBRAUD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ. 1^e ed°, V° ACTE, 1951, n° 11. — R. VERDOT et P. HEBRAUD : eod. op., 2^e ed° (1970), n° 8.

(3) Cf. N. CATALA : *La nature juridique du paiement*. Thèse précitée, n° 1, p. 25. — Comp. F. TERRE qui relève l'unité de nature entre le fait et l'acte juridiques séparés seulement par une différence de degré. (*Sur la sociologie juridique du contrat*, art. précité pp. 72 in fine et 73).

(4) La théorie de PLANIOL fut exprimée d'abord dans son traité de droit civil (t. 2, 9^e ed°, n° 805 et suiv.), puis affinée dans une étude spéciale (*Classification des sources des obligations*, Rev. critique, 1904, p. 224).

(5) L'acte et le fait juridique sont, selon BONNECASE, les «moteurs» de la règle de droit (nous dirions aujourd'hui les vecteurs). Ils permettent à la règle objective de s'appliquer aux situations subjectives : ce sont donc des compléments de la loi (lato sensu) et non des concurrents. (Supplément précité, t. 1, n° 366 à 386, pp. 580 à 594 ; t. 2, n° 291 à 347, pp. 324 à 404). — Leur rôle consiste «à mettre en mouvement, à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes, une règle de droit ou une institution juridique» : *Introduction à l'étude du droit*, précitée, 2^e ed°, n° 56, p. 105.

(6) Sur cette analyse de l'acte juridique, cf. plus particulièrement N. CATALA : *La nature juridique du paiement*, Thèse précitée, n° 1, p. 26, texte et note 3. Cet auteur, dans un chapitre préliminaire, définit l'acte juridique et le fait juridique, et passe en revue l'évolution doctrinale de la matière. — Adde : F. TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Thèse, Paris, 1955, L.G.D.J., 1956 (Bibl. dr. privé, t. 2, préf. R. Le Balle), n° 204, pp. 190 à 192. — J. MARTIN de la MOUTTE, : *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*. Thèse, Toulouse, 1949, ed° 1951, pp. 22 à 36.

objectiviste, il n'y a d'acte juridique que lorsque l'effet juridique a été non seulement voulu mais encore aménagé, modelé par la volonté individuelle (1).

En équilibre entre ces deux positions, la doctrine moderne caractérise l'acte juridique par le lien de nécessité qui relie la volonté de l'auteur et l'effet de droit. La volonté est indispensable à la production de l'effet - ici l'extinction - même si elle n'est pas le seul facteur (2).

Malgré ces efforts d'affinement, des zones d'ombre demeurent qui rendent délicate la qualification de certaines situations (3). Ces insuffisances ont été ressenties (4) et ont fait naître des présentations détachées de la dichotomie traditionnelle (5). Bien qu'inapplicables à l'extinction du cautionnement, ces études montrent la voie.

(1) Cette théorie peut être attribuée à E. GOUNOT, dans sa thèse sur : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique.* (Dijon, 1912, Paris, Rousseau, 1912, pp. 119 et suiv., pp. 243 et suiv.). Pour cet auteur, «la volonté n'est ni la cause efficiente ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale» (op. cit. p. 450). — MMs J. FLOUR et J.L. AUBERT paraissent l'adopter : *Droit civil, Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 1975, n° 60 in fine, p. 40 et spécialement p. 41 in principio.

(2) Les éléments de cette définition ont été dégagés par M. DURMA (*La notification de la volonté. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*. Thèse, Paris, 1930, Sirey, 1930, n° 8 et suiv. pp. 10 et suiv.) et par J. MARTIN de la MOUTTE (*L'acte juridique unilatéral*. Thèse précitée, n° 17, pp. 25 et 26). — La définition de Mr MARTIN de la MOUTTE est reprise par Mr F. TERRE (*L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Thèse précitée, n° 206, p. 193) et par Mme N. CATALA (*La nature juridique du paiement*. Thèse précitée, n° 3, p. 29). — L'idée générale en est retenue dans la définition proposée par MMs R. VERDOT et P. HEBRAUD (*Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed°, V^o ACTE, 1970, n° 18) ; Comp. l'appréciation en note de MMs G. MARTY et P. RAYNAUD (t. 1, 2^e ed°, n° 149, p. 273, note 1) qui insistent sur la nécessité de l'intention.

(3) On cite traditionnellement la gestion d'affaires : R. VERDOT et P. HEBRAUD (*Encycl. Dalloz*, V^o ACTE précité, n° 24). D'autres situations présentent les mêmes difficultés : aveu, occupation, changement de domicile, paiement ; Cf. J. MARTIN de la MOUTTE : thèse précitée, pp. 22 et suiv.

(4) Deux études récentes ont mis en relief ce flottement de la classification : — J. HAUSER : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*. Thèse, Paris, 1969, L.G.D.J., 1971 (Bibl. dr. privé, t. 117, préf. P. Raynaud), n° 50 et suiv., pp. 66 et suiv. — C. ATIAS-LETREMY : *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*. Thèse, Poitiers, 1974. (Dactyl. 2 t.), n° 38 à 41, pp. 59 à 62 et n° 46, pp. 66 et 67.

(5) Le Doyen ROUBIER distingue en trois groupes : les situations dépendant de la loi dans leur création et leurs effets ; les situations dépendant de la volonté privée dans leur création mais de la loi dans leurs effets ; enfin les situations entièrement soumises à la volonté privée. (*Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, A.P.D., Sirey, 1957, *Le rôle de la volonté dans le droit*, pp. 1 à 69, spécialement pp. 14 à 20). — Mr C. ATIAS-LETREMY amende légèrement cette présentation en distinguant «les événements volontaires ou non, qui déclenchent par leur seule survenance un effet de droit prévu par la loi ; les événements volontaires qui déclenchent par leur seule survenance un effet de droit recherché par les parties ; les événements volontaires qui soumettent, au projet originellement accepté par un individu, sa liberté future» (*Le transfert conventionnel de propriété immobilière*. Thèse précitée, t. 1, n° 46, pp. 66 et 67).

Tout en conservant au rôle de la volonté individuelle la place déterminante (1) nous nous attacherons aux conséquences de son influence plus qu'à son but. En effet la seule volonté susceptible de présenter quelque intérêt dans cette étude est celle qu'anime une finalité extinctrice : sa destination (2) est donc toujours identique.

La volonté individuelle n'est pas présente dans toutes les causes d'extinction inhérentes à l'engagement. Elle ne s'y insère que graduellement et avec une efficacité variable suivant le contexte.

La cause préférable d'extinction de l'engagement réside dans sa disparition par consommation de son but. En effet «l'existence de l'obligation est liée non à son contenu - la prestation du débiteur - mais à son but - la satisfaction du créancier -» (3). Parce qu'elle constitue l'épanouissement de l'obligation, son «triomphe» (4), la satisfaction rend inutile le rapport de droit et entraîne son extinction.

En d'autres hypothèses l'obligation disparaît sans que la satisfaction en soit la cause ; l'extinction est alors indépendante de la satisfaction du créancier. Le terrain que cette satisfaction laisse ainsi à découvert est occupé par la volonté des parties, avec plus ou moins de présence. L'extinction indépendante de la satisfaction est animée par une volonté dont le rôle s'amplifie : de l'extinction du cautionnement pour stérilité de l'engagement à l'extinction par dissolution des engagements, la gradation est croissante.

(1) Sur le caractère fondamental de ce critère, cf. R. VERDOT et P. HEBRAUD : **VO ACTE** (précité), n° 17.

(2) La destination de la volonté est le critère retenu par la majorité de la doctrine pour définir l'acte juridique. La notion est visée expressément (J. CARBONNIER : t. 1, 9^e ed°, 1971, n° 42-b, p. 157 ; G. CORNU : *Cours de droit civil*, précité, p. 38) ou par référence et synonymie (A. WEILL : *Introduction générale*, 2^e ed°, 1970, n° 258, p. 212 in principio ; H.L.J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 1, 5^e ed°, 1972, n° 258, p. 295). — Adde : F. TERRE (*L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Thèse précitée, n° 204, p. 191) qui écrit : «il ne s'agit pas d'une volonté quelconque, mais d'une volonté orientée».

(3) N. CATALA : *La nature juridique du paiement*, Thèse précitée, n° IV, p. 16.

(4) N. CATALA : Thèse précitée, n° I, p. 11.

Le crescendo de la volonté extinctrice est donc l'élément fédérateur de ces facteurs d'extinction. La volonté s'immisce dans chacun de ces facteurs, prenant toutefois plus de relief en dehors de la satisfaction qu'à ses côtés. De l'absence à l'omnipotence, l'influence de cette volonté s'étage en trois degrés à travers l'accomplissement du but de l'engagement, l'impossibilité de cet accomplissement et, en marge, l'achèvement du temps d'exécution. *La satisfaction du créancier, la stérilité de l'engagement de la caution et la dissolution* des engagements constituent les trois causes d'extinction inhérentes aux engagements des parties :

Titre Premier : LA SATISFACTION DU CRÉANCIER.

Titre Deuxième : LA STÉRILITÉ DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION.

Titre Troisième : LA DISSOLUTION DES ENGAGEMENTS.

TITRE PREMIER

LA SATISFACTION DU CRÉANCIER

13. — Notion de satisfaction. «Satisfait ou remboursé» : cet argument publicitaire met en valeur la polymorphisme de la notion de satisfaction : ses deux aspects sont juxtaposés, la satisfaction morale («satisfait») étant opposée à la satisfaction matérielle («remboursé»). La réunion des deux facteurs, matériels et moraux, sous une même dénomination donne à la satisfaction un contenu fluctuant et diversifié.

Qu'il achète un stylo à bille ou un appartement, le consommateur espère une satisfaction dont il ne formule pas toutes les données. Sa satisfaction vient ou fuit avec le temps et est inexorablement fonction de sa philosophie personnelle de créancier (1). Elle ne peut être totale puisqu'il faut nécessairement renoncer aux avantages antagoniques de ceux qu'offre l'option retenue : il n'y a de satisfaction que par compromis, et tout choix implique un renoncement qui adule la satisfaction morale.

Plus prosaïquement les facteurs matériels déterminent la part cartésienne de satisfaction qu'apporte l'accomplissement des obligations contractuelles. L'engagement juridique constitue à la fois la moyen et la mesure de la satisfaction espérée. Dans le sens technique que nous utiliserons, la satisfaction n'est plus la plénitude du contentement mais seulement la réalisation des exigences légitimes entrées dans le champ contractuel. L'engagement est ainsi le vecteur de la satisfaction, la pierre de touche du mécanisme psycho-économique qui

(1) La quête d'une satisfaction perpétuellement exacerbée par la création de besoins nouveaux est parfois dangereuse ; à tel point qu'il a fallu protéger le consommateur contre sa boulimie de satisfaction par des mesures contraignantes (réglementation du crédit) ou permissives (délai de réflexion dans les contrats de vente à domicile ou de crédit).

mène à la satisfaction (1). Pour qu'il n'en soit pas aussi la pierre tombale, le cautionnement conforte l'engagement principal, accroît la potentialité d'un dénouement heureux. La satisfaction envisagée lors de la formation du contrat s'exprime donc par son exécution, quel qu'en soit l'auteur.

Mais «les affaires ne sont pas des chiffres, ce sont des hommes» (2) et la part d'impondérable qui conduit au dénouement du contrat influe sur le contenu de la satisfaction. Plutôt que de risquer l'inexécution, le créancier préfère souvent aménager les modalités de l'exécution pour les adapter aux possibilités du solvens. La satisfaction demeure mais sous une enveloppe différente ; elle implique le rejet de l'engagement original et constitue un facteur de libération de la caution.

Ainsi se complètent plus qu'elles ne s'opposent la satisfaction par l'exécution des engagements (chapitre I) et la satisfaction par la modification des engagements (chapitre II).

(1) «L'obligation a toujours pour but une certaine satisfaction à obtenir par le créancier... ; il s'agit d'un résultat pris en considération par le créancier, et que l'obligation est un moyen d'obtenir». P. HEBRAUD : *Cours de droit civil*. Lic. 2^o A, 1950-1951, p. 6.

(2) Propos attribué à Henri GERMAIN.

CHAPITRE I

LA SATISFACTION PAR L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS

14. — Place et nature du paiement. Le Code civil ouvre le chapitre consacré à l'extinction des obligations par une énumération des événements extinctifs en tête de laquelle est placé le paiement (1). Respectant cette classification, les exégètes et les auteurs classiques étudièrent le paiement au titre de l'extinction des obligations. Tous cependant donnèrent dans leur définition la première place à la notion d'exécution de l'obligation, suivant en cela l'exemple de POTHIER (2).

La tendance s'est aujourd'hui renversée et les ouvrages modernes étudient le paiement parmi les modes d'exécution de l'obligation (3). Il a pour but et effet principal d'exécuter l'obligation. En conséquence de cette exécution qui satisfait le créancier, le paiement a aussi un effet extinctif de l'obligation. Il prend ainsi rang parmi les facteurs d'extinction ; «comme tel, il est neutre, et peut s'appliquer indifféremment aux obligations qui sont nées à titre gratuit

(1) Article 1234 : «Les obligations s'éteignent :

- par le paiement,

-»

(2) R.J. POTHIER : *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, n° 494, p. 383. — Adde : C.B.M. TOULLIER : *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, Paris, Renouard, t. 7, n° 7 ; t. 12, n° 9. — D. et A. DALLOZ : *Jur. Gen.* V° OBLIGATIONS, t. 33 (1860), n° 1642, p. 365. — R. DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, t. 3, n° 87, p. 142. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. GUYOT : *Précis de droit civil*, 13^e ed°, Sirey, Paris, 1925, t. 2, n° 316, p. 145. — A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1948, Dalloz, 10^e ed°, t. 2, n° 472, p. 346.

(3) G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, 1957, n° 1510, p. 555. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, vol. 1, n° 551, p. 599. — H., L., J., MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed° (1973), n° 716, p. 749. — Adde : Le Code suisse des obligations qui traite du paiement aussi bien au titre de l'exécution des obligations qu'au titre de leur extinction.

ou à titre onéreux» (1). Cette neutralité couvre le paiement d'un voile qui obscurcit sa nature véritable. A la question de savoir quel rôle y tient la volonté, les réponses divergent.

Selon les classiques, le paiement ne peut être autre chose qu'une convention de nature particulière, donc un acte juridique (2). Convention, car le paiement résulterait d'un accord entre solvens et accipiens, accord qui donnerait à l'opération ses qualités d'exécution et d'extinction de l'obligation (3). Convention de nature particulière car ni le solvens ni l'accipiens ne sont totalement libres : chacun est tenu par les termes de l'obligation qu'il doit respecter lors de l'opération de paiement (4).

Le paiement serait donc une convention par laquelle le solvens, exécutant la prestation prévue par les parties à l'obligation et acceptée par l'accipiens, éteindrait le rapport juridique liant le débiteur au créancier, sous réserve de subrogation.

15. — Le paiement : fait juridique. En réaction contre cette conception trop volontariste et mal adaptée à une opération nécessaire s'est développée une analyse matérialiste du paiement (5). Systématisée par Mme Nicole CATALA, elle a intégré en droit français la vision du paiement comme fait juridique déjà implantée en droits italien et allemand (6). Cette analyse distingue le paiement mode d'exécution de l'obligation du paiement mode d'extinction de la même obligation.

(1) J. FLOUR : Préface à la thèse de Michèle GOBERT : *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*. Tunis, 1957, Paris, Sirey, 1957 (Bibl. de l'Institut des hautes études de Tunis, t. 6), préface, p. 5.

(2) Cf. N. CATALA : *La nature juridique du paiement* (Thèse, Paris, 1960 ; L.G.D.J., 1961, bibl. dr. privé, t. 25, préf. J. Carbonnier), qui présente une étude exhaustive des théories traditionnelles analysant le paiement comme une convention : n° 89 et suiv., pp. 160 et suiv. — Adde : G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, vol. 1, n° 553, note 2, p. 600.

(3) C'est pour cette raison que J. MARTIN de la MOUTTE constate à regret que le paiement n'est pas un acte unilatéral car «sans l'intervention du créancier, il ne saurait y avoir de paiement» : *L'acte juridique unilatéral*. Thèse, Toulouse, 1949, Paris, Sirey, 1951 (préf. P. Raynaud), n° 56, p. 66.

(4) N. CATALA : Thèse précitée, n° 90, p. 162, qui cite C. et R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et G. LAGARDE : *Cours de droit civil français*, 1934, t. 8 ; *Les contrats et les obligations*, n° 333. — Adde : A. PONSARD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 1^e ed°, 1953, V° PAYEMENT, n° 4 et 5.

(5) Certains attribuent à J.J. DUPEYROUX le mérite d'avoir le premier mis en valeur l'aspect nécessaire du paiement et son rôle d'étouffoir de la volonté (*Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*. Thèse, Toulouse, 1955, préf. J. Maury, pp. 279 à 283). Puisque le recours à l'exécution forcée permet d'obtenir satisfaction, le rôle de la volonté du débiteur disparaît ; l'intention du débiteur est sans incidence sur les effets du paiement, seule l'exécution matérielle pouvant procurer satisfaction, et donc extinction. (Cf. P. HEBRAUD : *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs*. Mel. J. MAURY, t. 2, pp. 419 à 476, spécialement p. 427, note 23 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD *L'intuitus personae dans les contrats*. Thèse, Paris, 1974, Dactyl., n° 95 et suiv. pp. 132 et suiv.).

(6) Cf. la thèse remarquable de N. CATALA : *La nature juridique du paiement* (précitée)

L'exécution de l'obligation prend la forme même de cette obligation : «tout paiement doit être conforme à l'objet de la dette : la nature de celle-ci commande donc la nature de l'acte qu'il exécute. A la classification des obligations d'après leur objet doit correspondre une classification parallèle des actes de paiement» (1).

En revanche le paiement en tant que mode d'extinction de l'obligation obéit à un régime unique. Quelle que soit la nature de la prestation exécutée, la loi lui attache toujours le même effet extinctif. Le paiement est donc «un processus extinctif qui dépasse la prestation elle-même» (2). L'extinction de l'obligation est une conséquence inéluctable de l'exécution, et la prestation ne joue, au regard de la disparition du lien de droit, que «le rôle d'un instrument» (3). La satisfaction du créancier est l'élément fédérateur du régime du paiement qui conserve ainsi une certaine unité. «C'est parce que le créancier se trouve satisfait par la prestation accomplie que l'obligation disparaît» (4). Puisque la volonté du créancier, tout autant que celle du débiteur, est impuissante à modeler les effets de l'exécution, il faut bien admettre que «par rapport à l'extinction de l'obligation, effet de droit prévu et ordonné par la loi, le paiement est un fait juridique» (5).

Cette analyse moderne qui s'impose avec la force de la simplicité et de la logique démontre par ailleurs une telle plasticité qu'elle tend à s'insérer dans le droit positif français (6), à l'image de nombreux droits étrangers (7), malgré la circonspection de certains (8). C'est celle que nous retiendrons car elle est la

(1) N. CATALA : Thèse précitée, n° 242, p. 330.

(2) N. CATALA : Thèse précitée, n° 246, p. 333.

(3) *ibidem*.

(4) *ibidem*.

(5) *ibidem*. — Adde : n° 161, p. 241 : «Le paiement est un fait juridique parce que l'extinction de l'obligation est un effet de droit attaché par la loi à une situation de fait (la satisfaction du créancier)». — Adde : N. CATALA-FRANJOU : note sous Civ. 2 février 1966, J.C.P. 1966, II, 14841 in fine.

(6) Il est symptomatique que R. MENDEGRIS dans son analyse de la compensation distingue la mise en œuvre de la compensation de son mécanisme (extinction) (*La nature juridique de la compensation*, Thèse, Grenoble, 1967, Paris, L.G.D.J., 1969, bibl. dr. privé, t. 104, préf. P. Catala) et que D. LEOTY construise l'analyse de la dation en paiement sur une opposition entre la satisfaction du créancier (exécution) et la libération du débiteur (extinction). (*La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique ?* Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 12 à 46, spécialement n° 5, p. 16).

(7) Ainsi doctrine et jurisprudence québécoises l'ont unanimement adoptée. Cf. Maurice A. TANCELIN, obs, sous Shannon v. Duquette (1970) C.S. 279 (décision très nette en ce sens) in : *Jurisprudence des obligations*, Laval, Québec, Canada. Presses de l'Univ. de Laval, 1973, décision n° 164, p. 457.

(8) Mr le Doyen A. WEILL (*Les obligations*, 1971, n° 961, p. 909) continue de qualifier le paiement de convention. — G. MARTY et P. RAYNAUD (t. 2, vol. 1, n° 553, p. 600) proposent toutes les solutions sans en choisir une. — Mr le Doyen J. CARBONNIER (t. 4, *Les obligations*, 8^e ed°, 1975, n° 129, théorie juridique p. 482 et préface de l'ouvrage de Mme CATALA) préfère voir dans le paiement «un acte liquidatif» à l'image du partage, plus proche cependant de la convention acte juridique que du fait juridique. — MMs H., L. J, MAZEAUD et M. de JUGLART ne proposent pas de solution (t. 2, vol. 1, *Obligations*, 5^e ed°, 1973, n° 716 et suiv., pp. 749 et suiv.).

seule à mettre en valeur l'enchaînement logique des effets du paiement.

La prestation du débiteur, lorsqu'elle est conforme à l'objet de l'obligation, donne satisfaction au créancier ; «l'obligation atteint son but par la réalisation de son objet» (1). A cette satisfaction la loi attache un effet juridique : l'extinction de l'obligation. Quel que soit l'acte d'exécution, son effet sur le plan extinctif est toujours le même : l'exécution «est la cause de l'extinction de l'obligation» (2). Cause étant entendue ici en son sens général de cause efficiente, il est aisé de retourner la proposition et d'affirmer que l'extinction de l'obligation est la conséquence de son exécution. L'effet extinctif du paiement doit donc être rattaché non à la volonté des parties au paiement mais à l'exécution de l'obligation. Le caractère exécutoire prend donc le pas sur le caractère extinctif.

Le paiement apparaît ainsi dans toute sa pureté : «plus qu'un mode d'extinction du rapport obligatoire, c'est son accomplissement parfait et comme son épanouissement» (3). Comme tous «les actes d'exécution par lesquels un droit se réalise *et qui* font déboucher la règle abstraite sur le monde concret» le paiement occupe «une place particulière... dans l'ensemble du système juridique puisqu'il tend à l'accomplissement de son but» (4). La satisfaction du créancier, renforcée par l'existence du cautionnement, participe de la fonction première du droit : l'apport d'une sécurité.

Toutefois l'exécution ne doit pas être présentée, même sous son seul aspect extinctif, comme une institution monolithique. Ses contours sont variables et ses aspects mouvants. Comme il y a des philosophies différentes du paiement suivant le montant de la créance (5), il y a des attitudes différentes des créanciers dans la recherche de la satisfaction. Soit que les parties aient, ab initio, aménagé de façon personnelle des modalités de l'exécution, soit qu'elles y fussent contraintes a posteriori par l'évolution du contexte de l'engagement, le régime général de l'exécution (section 1) est environné de régimes particuliers (section 2) ; il nous appartient d'examiner et de comparer leurs puissances d'extinction respectives.

(1) N. CATALA : *La nature juridique du paiement*, Thèse précitée, n° 177, p. 258.

(2) *ibidem*.

(3) J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed° (1975), n° 128, p. 474.

(4) P. HEBRAUD : *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, Art. précité, p. 427, note 23.

(5) Cf. par exemple les réflexions suggérées à Me P. PECASTAING par l'exécution forcée des dettes de la vie courante : *Contrat de consommation et exécution forcée*. Communication au Congrès national des huissiers de justice (Tours 1974) in : *Gaz. Pal.* 1974, 2, Doctr., pp. 772 à 783.

SECTION I

LE REGIME GENERAL DE L'EXECUTION

16. — **Exécution et personnalité du solvens.** Puisque l'extinction de l'obligation découle de la satisfaction du créancier, il suffit pour éteindre le lien de droit que les modalités du contrat soient accomplies. Peu importe l'origine de l'exécution pourvu que l'objet prévu au contrat soit respecté, ce à quoi le créancier ne manque pas de veiller (1). La prestation non imprégnée d'intuitus personæ peut donc être fournie par tout un chacun, la personnalité du solvens étant indifférente. L'obligation contractée intuitu personæ présente avec celle-ci une similitude totale de structures ; la personnalité du débiteur (ou ses qualités) font partie du contenu objectif de l'obligation, au même titre que la couleur ou la forme de la chose due. L'on peut donc affirmer que « l'intuitus personæ opère non pas subjectivisation mais réification de l'obligation (2). Sa principale conséquence est d'interdire toute satisfaction si l'exécution ne provient pas du débiteur lui-même, sauf à avoir prévu dans le contrat la possibilité d'une exécution par un tiers (3).

La satisfaction est donc fonction du respect des modalités de l'exécution. Entraînera-t-elle toujours l'extinction du cautionnement, ou bien cette extinction variera-t-elle en fonction de la personne de l'exécutant ? Aux différentes sortes de solvens possibles : la caution (§ 1), le tiers solvens (§ 2) et le principal obligé (§ 3) s'attachent différentes réponses.

(1) L'on a ainsi pu dire que dans l'exécution du contrat synallagmatique chaque partie tient à l'égard de l'autre le rôle d'un juge, son pouvoir résultant de l'exceptio non adimpleti contractus. F. TERRE : *Sur la sociologie juridique du contrat*, A.P.D. t. 13. Sur les notions du contrat, Sirey, 1963, pp. 71 à 88, spécialement p. 86.

(2) M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personæ dans les contrats*, Thèse précitée, dactyl., p. 140.

(3) Cf. infra n° 18.

Paragraphe 1

EXECUTION PAR LA CAUTION

17. — **Rareté de l'exécution.** Au seuil de l'examen de l'exécution de ses obligations par la caution, l'interrogation la moins surprenante n'est-elle pas de rechercher s'il y a souvent exécution ? La statistique fait défaut, mais les renseignements épars témoignent d'une certitude : l'obligation de la caution n'est pas destinée à engendrer un règlement.

A Rome, le cautionnement était, à la fin de la République, uniquement considéré comme un moyen de pression (1), et cette même conception se retrouve au XII^e siècle, dans la coutume normande concernant la plège (2). Le déshonneur et l'opprobre qu'entraînerait pour le débiteur l'exécution par la caution constituent une efficace menace.

Cet aspect demeure encore de nos jours mais fortement atténué. Ce n'est plus tant la crainte du déshonneur que celle de complications supplémentaires qui incite le débiteur à la sagesse. Le créancier est lui-même guidé par des raisons identiques, les cautions ayant la triste réputation de soulever lors de la demande d'exécution toutes les exceptions dilatoires ou fondées qu'elles peuvent trouver.

Ce phénomène, recoupant la pratique des attermoiements et délais de toutes natures qui sont consentis au débiteur (3), explique que les créanciers professionnels tout autant que les cautions professionnelles attestent du faible nombre d'exécutions par la caution au regard des engagements conclus. Cette situation de fait est d'ailleurs nécessaire à la survie quantitative du cautionnement. Si l'engagement débouchait systématiquement sur une poursuite, rares seraient ceux qui accepteraient de le contracter. Le taux relativement faible des commissions prélevées par les cautions salariées (autour de 1,5 %) démontre s'il en était besoin que l'hypothèse d'une exécution est considérée comme exceptionnelle.

Qu'en est-il alors de l'affirmation selon laquelle « sociologiquement, la caution apparaît souvent ainsi comme la personne qui assume non pas vraiment le risque d'insolvabilité mais bien plutôt les longueurs et les difficultés

(1) CICERON rapporte deux anecdotes dans lesquelles il a suffi à la caution, sollicitée amiablement par le créancier, d'adresser au débiteur principal une « *appellatio* » afin de l'en informer pour qu'aussitôt la dette soit exécutée par celui-ci (Ad Atticum, 12, 14, 1 et 16, 15, 2). Cf. J. MACQUERON : *Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron*, Ann. Fac. Dr. Aix 1958, t. 50, pp. 101 à 132. — Adde : P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, dactyl., n° 25, p. 25.

(2) Cf. P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, Paris, P.U.F., Thémis, t. 1, 2^e ed°, 1969, n° 316 - 1°, p. 345.

(3) Cf. *infra* n° 234.

du recouvrement» (1) ? La caution deviendrait donc une sorte de factor assurant l'échéance puis se retournant contre le débiteur principal et obtenant son remboursement. L'impression est confirmée par l'arsenal des techniques et protections dont se bardent les cautions professionnelles, notamment les sociétés de cautionnement. Entourée de contre-garanties efficaces (nantissement de valeurs mobilières, cautionnement, hypothèques) la caution serait mieux à même d'obtenir gain de cause ; la technologie de ses services et la spécialisation de son activité lui assureraient un avantage appréciable au regard du créancier qui, comme l'Administration par exemple, n'est pas organisé pour s'occuper de la réalisation souvent longue et technique de sûretés réelles.

Le cautionnement perdrait l'apparence d'un service d'ami pour devenir une opération financière rentabilisée par la loi des grands nombres et un service commercial proche de l'affacturage. De moyen de pression sur le débiteur, le cautionnement se transformerait en moyen d'exécution en dehors du débiteur.

Une telle conclusion nous paraît éloignée de la réalité. Si quelques opérations sont effectivement réalisées sur de tels critères, elles demeurent l'exception, et cette sociologie plus intuitive que déductive ne saurait justifier la généralisation d'une donnée marginale.

Le cautionnement demeure un contrat dont l'ineffectivité est, à la base, souhaitée et recherchée par les parties. Le créancier comme la caution espèrent n'avoir jamais à l'exécuter (2). Plus exactement ils espèrent n'avoir jamais à exiger le règlement de la dette principale. Cela est-il réellement une ineffectivité, une absence totale d'exécution ? C'est à travers l'analyse de l'objet (A) et des modalités (B) de l'exécution par la caution que la question pourra être résolue.

A — L'objet de l'exécution par la caution

18. — Objet du règlement.

- 1) *La caution doit-elle la même chose que le débiteur, ou bien la chose même prévue au contrat ?* L'interrogation conduit à celle, plus générale, de l'exécution en nature ou par équivalent.

(1) P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, V^o CAUTIONNEMENT (1970), n^o 44. — Adde : P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2011-2020 (1^{er} fasc.), 1973, n^o 45, qui est moins général dans son affirmation.

(2) L'existence d'une ineffectivité consciemment ressentie est fréquente en pratique. Un exemple topique extérieur au cautionnement est celui des clauses limitatives de garantie des vices cachés que les constructeurs automobiles insèrent encore systématiquement dans les contrats destinés à la clientèle. Ils savent pertinemment qu'elles sont inefficaces, mais avouent cyniquement jouer sur l'ignorance de l'acquéreur et ainsi le décourager.

En pratique, le problème est peu fréquent car dans la grande généralité des cas la dette garantie est pécuniaire. L'autonomie certaine de la prestation de somme d'argent (1) et ses caractéristiques propres facilitent son règlement par autrui. Le créancier est ainsi « assuré... de recevoir exactement ce à quoi il avait droit » (2).

Parfois cependant le problème se pose. Ainsi les banques qui accordent leur garantie de bonne fin de la construction d'immeubles d'habitation (que l'on s'accorde à considérer comme un cautionnement) n'acceptent pas de prendre la place du promoteur défaillant et de continuer les travaux. Tout au plus sont-elles disposées à fournir la valeur des travaux restant à exécuter, à charge par le bénéficiaire de poursuivre ou faire poursuivre la construction.

Aucun principe général ne guide l'analyste, sinon le désir d'adapter le cautionnement aux besoins de ses utilisateurs. A cette fin, il faut poser comme règle supplétive, découlant de l'usage général et du bon sens, que la caution ne doit qu'un équivalent de la chose due. Pour reprendre notre formule initiale, elle doit la même chose et non la chose même. Bien évidemment il est loisible aux parties de prévoir le contraire, mais cela doit résulter d'une manifestation expresse de volonté.

La difficulté rebondit avec l'apparition d'une considération particulière de la personne du débiteur principal : peut-on cautionner une obligation entachée d'intuitus personæ ou une obligation de ne pas faire ? Là encore le pragmatisme doit inciter à la prudence. A priori, l'exécution n'est satisfaisante que si elle émane du débiteur principal lui-même. Toute exécution par la caution « ne correspond pas et ne peut pas correspondre à l'exécution promise » (3). Cependant il serait inepte de priver le créancier de la garantie et surtout de l'effet comminatoire (4) qu'engendre le cautionnement. C'est pourquoi la doctrine est unanime à en admettre la validité (5). Certains font une différence entre l'intuitus personæ visant l'exécution (celui qui imprègne un contrat de crédit par exemple) et l'intuitus personæ visant la qualité de l'exécution (dans l'exemple fameux du portrait commandé à un peintre). Il n'y a là que différence de degré et non de nature : le premier souffrirait toujours un cautionnement (la caution devant l'identique) (6), le deuxième

(1) Cf. J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed°, 1975, n° 4, p. 18.

(2) J. CARBONNIER : *ibid.*

(3) M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personæ dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, dactyl., n° 113, p. 154.

(4) Cf. *infra* n° 269 et aussi *supra* n° 17.

(5) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE : t. 12, n° 1402, p. 473. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 7^e ed° par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, § 424, n° 221, p. 325. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1516, p. 970. — F. VALLEUR : *L'intuitus personæ dans les contrats*, Thèse, Paris, 1938, Lavergne, 1938, n° 97, p. 254, note 2. — M. CONTAMINE-RAYNAUD : Thèse précitée, n° 115, pp. 156 et 157.

(6) Cf. par ex. Civ.3, 5 janvier 1978 : Bull. civ. 1978, III, n° 16, pp. 12-13 : un promoteur fut considéré comme caution de l'entrepreneur bien que le contrat d'entreprise ait été qualifié contrat intuitu personæ ; le maître de l'ouvrage a pu exiger que la caution s'exécute par équivalent et non en nature.

ne l'admettrait qu'au cas où la caution serait elle-même englobée dans la considération initiale des personnes, l'intuitus personæ étant alors alternatif (1).

L'objet de l'exécution est donc bien un équivalent de la chose due, à l'instar de ce que permettent d'obtenir les sûretés réelles.

19. — Exécution des cautionnements de dettes futures.

2) *Dans les cautionnements de dettes futures et éventuelles, le contenu de l'exécution est toutefois diversifié. Ces cautionnements à exécution successive contiennent en effet deux obligations principales et complémentaires (2). Une obligation de règlement, dont le contenu est identique à celui du cautionnement de dettes spécifiées et une obligation de couverture.*

L'obligation de couverture reçoit exécution dès que le cautionnement est contracté, dès que l'engagement entre en application. La caution y doit une prestation de service, plus ou moins accentuée selon les espèces, mais qui vise toujours à conférer au créancier une sécurité accrue pour un ensemble d'opérations dont la balance n'est pas forcément en sa faveur (3). La finalité de cette obligation est en outre de déterminer quelles sont les dettes garanties : d'exécution successive, l'obligation de couverture mesure dans le temps la garantie offerte. Le contenu de cette obligation implique donc une exécution de la part de la caution même si le débiteur ne vient pas à défaillir. En cela elle marque l'originalité et l'indépendance de l'obligation de la caution.

L'obligation de règlement en révèle au contraire le caractère accessoire. Eventuelle tant que la dette principale n'est pas apparue, elle suit à partir de ce moment-là l'évolution de celle-ci. Il naît une obligation de règlement chaque fois qu'apparaît une dette distincte dans le patrimoine du débiteur et les deux supports de droit vont ensuite de pair, comme un objet et son ombre. Les différentes étapes de l'obligation garantie : certitude, liquidité, exigibilité vont donc avoir un retentissement sur l'obligation de règlement de la caution.

Lorsque la caution s'est engagée à garantir les dettes apparaissant au cours de relations d'affaires (obligation de couverture) la survenance de chaque dette fait naître une obligation de règlement. Quand la dette parvient à la perfection juridique (lorsqu'elle est certaine, liquide et exigible) l'obligation de règlement y atteint également. Le créancier peut alors exiger l'exécution par la caution, bien que l'obligation de couverture continue son existence indépendante (4).

(1) M. CONTAMINE-RAYNAUD : Thèse précitée, n° 114 et 115, pp. 155 et 157.

(2) Sur la distinction de ces deux obligations, cf. infra n° 255 à 261.

(3) L'étude détaillée de l'objet de l'obligation de couverture sera menée ultérieurement, aux n° 259 et 260.

(4) La position de la caution est alors la même que celle d'un assureur, sauf à préciser que ce dernier dispose d'une faculté de résiliation après chaque sinistre que n'a pas la caution.

20. — Moment de l'exécution du cautionnement d'un solde de compte courant. La situation est différente lorsque le cautionnement couvre une seule dette en perpétuelle évolution, comme le solde d'un compte courant (1). Liquidité et exigibilité offrent des particularités certaines. La détermination du montant de la dette dépend des remises qu'effectuent les parties en compte, et surtout le débiteur ; elle sera étudiée avec l'exécution par le débiteur (2). L'exigibilité dépend en revanche de règles précises qu'il convient de dégager.

La date à laquelle sera cristallisée la dette qu'assume la caution est variable : ce peut être la liquidation de la dette principale par clôture du compte ; ce peut être également une date propre au cautionnement et qui résultera de l'expiration de l'obligation de couverture (terme extinctif, résiliation unilatérale, mutus dissensus). Dans le cas de clôture du compte, la dette principale devenue certaine, liquide et exigible confère ses caractères à l'obligation de règlement de la caution. Dans le cas de cessation indépendante et anticipée du cautionnement, la date d'exigibilité de l'obligation de règlement soulève quelques difficultés.

La doctrine classique assurait, sur la base de l'indivisibilité du compte, que l'exécution du cautionnement même liquidé par anticipation ne pouvait être exigée qu'à la clôture du compte. Comment en aurait-il été autrement alors que les positions intermédiaires du solde jusqu'à la clôture n'étaient pas prises en considération même pour cause de saisie arrêt ?

L'abandon progressif mais inéluctable de la règle d'indivisibilité ne devait pas modifier, tout au moins dans son principe, cette solution. Par une décision fortement et longuement motivée (3), la Chambre commerciale de la Cour de cassation maintenait le principe de l'inexigibilité du cautionnement garantissant le solde provisoire, mais sans référence aucune au principe de l'indivisibilité. La Cour de cassation justifie sa solution par deux considérations : d'une part « l'existence du solde provisoire ne permet pas l'exercice, par l'autre partie, d'une action en justice contre le titulaire du compte courant, à défaut de convention particulière ; d'autre part, la caution solidaire peut opposer au créancier les moyens qui appartiennent, quant à la dette au débiteur principal ».

L'exigibilité du solde provisoire n'est donc pas, selon les termes de cet arrêt, totale. Le créancier peut exiger la créance constatée dans le solde provisoire, en réclamer règlement par des procédés prévus par les parties (retraits, virements, effets de commerce, etc...) ; mais la convention de compte courant doit être

(1) Sur la présentation de cette pratique, cf. *infra* n° 73.

(2) Cf. *infra* n° 75 à 78.

(3) Com. 25 novembre 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 298, p. 247 ; D. 1975, inf. rap., p. 29, V° Cautionnement ; Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 572 à 574, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; J.C.P. 1975, IV, p. 15, V¹⁵ Contrats et obligations ; Gaz. Pal. 1975, I, Som., p. 34, V° Cautionnement.

considérée comme exclusive du recours à l'exécution forcée (1). Reposant sur la confiance, elle implique pendant sa durée de fonctionnement renonciation à la contrainte (2). Seule, la clôture du compte ouvre droit à la poursuite de la créance du solde définitif. Durant la période de fonctionnement du compte, le débiteur principal ne peut être poursuivi ; la caution, débiteur accessoire, ne peut donc l'être (3).

Le sort du débiteur et de la caution étant lié quant à l'exigibilité de leurs dettes, la logique veut que toute exigibilité conventionnelle du solde provisoire entraîne l'exigibilité anticipée du cautionnement. La Cour de cassation, dans son arrêt du 25 novembre 1974, avait réservé l'hypothèse ; elle l'a mise en application par une décision du 24 février 1975 (4). La banque créancière (5) avait eu la précaution d'insérer une clause selon laquelle elle «pourra toujours, moyennant simple lettre recommandée, rendre sa créance exigible, et, par suite, rendre exigibles aussi les présents cautionnements et avals». L'excellente rédaction de la clause qui lie l'exigibilité des deux dettes est au-dessus de toute critique.

Il serait en effet inadmissible que le règlement du solde provisoire puisse être exigé de la caution s'il ne pouvait l'être également du débiteur principal. L'article 2013 du C. civ. (6), tout autant que les relations de confiance et

(1) Afin d'intégrer cette distinction dans la terminologie utilisée, des auteurs proposent de qualifier la créance de solde provisoire de «créance disponible» par opposition au solde définitif, créance exigible. La «créance disponible» est utilisable, mais non exécutoire par la contrainte. (M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées sur l'arrêt commenté, pp. 573 in fine et 574 ; R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, Paris, Dalloz (Précis), 2^e ed° (1975), n° 112, p. 126 texte et note 1).

(2) L'élément personnel qui sous-tend les relations des parties en compte s'y oppose : le compte courant «est essentiellement à base de crédit et de confiance puisqu'il dispense chaque partie de payer les dettes qu'elle a envers l'autre jusqu'à la clôture finale du compte». R. HOUIN : obs. à la Rev. trim. dr. com. 1973, p. 875 et 876 (n° 4) sur Colmar 28 novembre 1972, spécialement p. 876.

(3) La même solution avait été donnée, pour les mêmes raisons, par la Cour de Colmar (28 novembre 1972, Rev. trim. dr. com. 1973, pp. 875 et 876, obs. R. HOUIN). — Le débiteur principal ayant été déclaré en état de suspension provisoire des poursuites (Ord. 23 septembre 1967), la banque avait clos le compte et en réclamait le solde aux cautions. La Cour, ayant jugé que la S.P.P. n'entraînait ni interruption ni rupture des conventions en cours, en a fort logiquement déduit que les cautions ne pouvaient être contraintes à l'exécution, le solde provisoire étant inexigible. Si la première branche de la solution concernant les effets de la S.P.P. sur le compte courant n'est pas à l'abri de la critique (cf. sur ce point les obs. de Mr R. HOUIN), la conséquence qu'en a tiré la Cour est irréprochable.

(4) Bull. civ. 1975, IV, n° 55, p. 44 ; Rev. trim. dr. com. 1975, p. 883, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; D. 1975, inf. rap., p. 99, V° Cautionnement ; Gaz. Pal. 1975, I, Som., p. 89.

(5) Il s'agissait de la Banque régionale d'escompte et de dépôt (B.R.E.D.).

(6) Qui dispose que «le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses». L'exigibilité à l'encontre de la seule caution du solde provisoire serait un cautionnement excessif «modo» ; cf. C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed°, n° 87, p. 93 in principio.

la considération de la personne qu'implique le compte courant s'y opposent. Une stipulation contractuelle expresse est donc nécessaire ; et c'est dans la convention de compte courant qu'elle doit se situer, pour rendre exigible un solde provisoire qui ne l'est pas par nature (1). Une clause de même contenu insérée dans le cautionnement est superflue à l'égard de la caution et inefficace à l'encontre du débiteur principal (2).

En résumé donc l'obligation de règlement concernant le solde d'un compte courant ne pourra être exécutée qu'à la clôture de ce compte, sauf exigibilité anticipée du solde à l'encontre du principal obligé comme de la caution (3) ou expiration antérieure du cautionnement.

Le contenu de l'exécution que doit fournir la caution est donc avant tout tributaire du contenu de la dette principale. Toutefois l'obligation de couverture apporte dans les cautionnements successifs une originalité certaine à l'exécution par la caution. Le même dualisme se retrouve dans les modalités de l'exécution.

B — Les modalités de l'exécution par la caution

21. — **Les aménagements de l'exécution par la caution.** Par principe les cautions ne sauraient être soumises, même conventionnellement, à des modalités d'exécution plus lourdes (4). Si tel était le cas, leur engagement deviendrait

(1) Sur la non-exigibilité du solde provisoire, cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE, obs. à la Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 572 à 574 sur Com. 25 novembre 1974, précitées. — Très nettement : C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, P.U.F., Thémis, 1974, n° 384, p. 499. — Avec une nuance fort opportune entre la disponibilité et l'exigibilité : R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire* (précité), n° 139, pp. 149 à 151, spécialement p. 151.

(2) Dans l'espèce tranchée par l'arrêt du 24 février 1975, nous ignorons quelles étaient exactement les stipulations des parties, leurs interventions à l'acte, etc... Il est bien évident que si le débiteur principal intervient personnellement à l'acte de cautionnement, les dispositions qui le concernent lui sont opposables.

(3) Nous ne pensons pas que le compte puisse continuer de fonctionner après que la banque ait exigé comminatoirement le paiement d'un solde intermédiaire. Cette opération met fin au compte. Il n'y a donc pas exigibilité d'un solde provisoire, mais bien du solde définitif. Nous sommes confortés par l'opinion en ce sens de plusieurs praticiens. Adde également : M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : « L'action en justice implique la fin des relations de compte, c'est-à-dire la clôture du compte », Obs. précitées, Rev. trim. dr. com. 1973, p. 573 sur Com. 25 novembre 1974.

(4) Bien évidemment l'allègement conventionnel de l'exécution est possible. Le cautionnement partiel, le cautionnement du seul principal en sont des exemples fréquents. Plus originale est la clause permettant à la caution (en l'espèce l'organisme se portant caution des emprunteurs hypothécaires dans des prêts notariés) :

1°) de s'exécuter en respectant les dates d'échéances du contrat principal ou bien de s'exécuter immédiatement et en totalité, à son libre choix.

(suite de la note page suivante)

sur ce point un engagement principal et ne saurait être régi par le droit du cautionnement. La règle de l'accessoire domine donc le régime des modalités de l'exécution par la caution (1).

Toutefois des aménagements peuvent y être apportés. Ainsi l'exécution d'un contrat international pourra être régie par des lois différentes suivant qu'elle émane du débiteur principal ou de la caution. Le conflit de lois concernant le cautionnement est unanimement tranché en faveur de la loi d'autonomie (2). La loi régissant l'exécution par la caution peut donc être différente de celle régissant l'exécution par le débiteur et l'effet extinctif du paiement pourrait donc être soumis à des régimes asynchrones. Il faut s'empresse d'ajouter que ces cas sont rarissimes pour la double raison de l'absence pratique d'une stipulation concernant la loi propre du cautionnement et de l'existence d'une présomption fort énergique de rattachement du cautionnement à la loi de l'obligation principale (3).

2°) De ne pas exécuter les clauses pénales qui profiteront tout de même à la caution. (Le transfert de ces clauses nous paraît impossible s'il n'a pas été précédé d'une exécution, la subrogation étant rendue inefficace par la renonciation préalable au bénéfice de la clause pénale.

Ces stipulations sont contenues dans les conventions relatives à la bonne fin des prêts hypothécaires. — Titre 1 (dispositions générales) art. 2 (Mise en jeu de la garantie).

N.B. : Le Conseil Supérieur du Notariat a signé avec de nombreux organismes de crédit et de nombreuses banques, des conventions de «garantie de bonne fin de prêts hypothécaires privés» par lesquelles ces organismes se portent caution, aux côtés de l'emprunteur, du remboursement des intérêts ou du capital des prêts hypothécaires conclus par l'intermédiaire des notaires.

Lorsqu'un Conseil Régional a décidé d'adhérer à une ou plusieurs conventions, tous les notaires du ressort de ce Conseil sont obligés d'exiger la «garantie de bonne fin» dans tous les prêts hypothécaires conclus par leur entremise.

Parmi les organismes caution, signataires de conventions aux termes identiques ou proches, figurent notamment : le Crédit Agricole, le Crédit Foncier de France, la Caisse de Dépôts et Consignations, le Crédit Lyonnais, la Compagnie Générale de Financement Immobilier (COGEFIMO/LA HENIN), la Banque Hypothécaire Européenne, la Banque Immobilière de Crédit SOFICAM (Etoile Commerciale), les Banques Populaires, la Banque de la Construction et des Travaux Publics, UNIFIMO - Foncia Crédit, COFINCAV - C.F.C., la Compagnie Française d'Epargne et de Crédit (Compagnie Bancaire), le Centre National des Prêts Hypothécaires.

(1) Seules les modalités de l'exécution susceptibles d'avoir une influence sur le régime de l'extinction du cautionnement nous intéressent. Tous les problèmes concernant les opérations préalables à l'exécution (cf. par ex. pour la preuve de l'obligation de garantie au regard de la caution : Civ.1, 18 février 1976, D. 1976, som., p. 42 ; J.C.P. 1978, I, 2902 n° 85, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET) ou les conditions que la caution aurait pu poser à son exécution (cf. par ex. : Com. 14 février 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 72, p. 69) sont étrangers à nos propos.

(2) P. FOUCHARD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. internat. (1968), V° CAUTIONNEMENT, n° 4 à 17 et les réf. citées, n° 6. — J. DERRUPPE : *J. Cl. dr. internat.*, fasc. 555 (Sûretés personnelles et réelles), 1960, n° 13 à 22, spécialement n° 14.

(3) Cette présomption est d'une telle efficacité que certaines décisions ne prennent même pas la peine de la rappeler, l'unité de loi pour les deux contrats paraissant aller de soi. Cf. par exemple : Civ. 15 février 1972, Bull. civ. 1972, I, n° 50, p. 44 ; Rev. crit. D.I.P. 1973, p. 77 note H. BATTIFOL ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 417, obs. Y. LOUSSOUARN ; adde les observations en ce sens de H. BATTIFOL, précitées, pp. 88 in fine et 89. (Cet arrêt tranchait un problème de détermination de la monnaie de règlement, mais concernait tout autant la dette principale que celle de la caution).

La différence de solvens entraînera de légères modifications, par exemple du lieu de paiement ou de l'instrument du paiement (la caution ne devant qu'un équivalent, l'obligation de régler par chèque certaines dettes en fonction de leur nature ne lui est pas imposable), mais leur influence sur l'effet extinctif de l'exécution n'est guère sensible. Deux points particuliers méritent cependant attention.

1) Tout d'abord il importe de bien déterminer à quelle condition il y a exécution par la caution elle-même (1). La difficulté apparaît lorsque la même personne est à la fois caution et administrateur des biens du débiteur principal. Lorsqu'elle ne précise pas la qualité en laquelle elle effectue le règlement, le caractère libératoire de ce dernier peut être discuté : ainsi le cas d'un gérant de S.A.R.L. qui en était également la caution et qui avait payé le créancier garanti quelques jours après la mise en règlement judiciaire de la société ; effectué es-qualités de gérant, le paiement devait être frappé d'inefficacité en raison des règles du désaisissement et de l'assistance ; effectué es-qualités de caution, le paiement était valable. Rien n'avait été précisé mais le créancier avait restitué au gérant son acte de cautionnement. La Cour d'appel de Paris tint le règlement pour valable, le créancier ne pouvant connaître l'origine des fonds qui avaient en réalité été puisés dans la caisse sociale (2). L'arrêt ne dit pas quel sort fut réservé au gérant, qui reste certainement tenu au règlement à l'égard de la masse subrogée dans les droits du créancier irrégulièrement désintéressé. Le cautionnement n'était donc pas éteint par ce paiement illégitime (3).

22. — **La clause d'exécution à première demande** — 2) La deuxième différence entraînée par le changement d'exécutant pourrait résulter, dans certains cautionnements, de l'insertion d'une clause imposant à la caution un règlement « sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit ». Cette obligation est insérée par l'Administration dans les cautionnements des sommes dont le titulaire d'un marché public est redevable envers elle (retenues de garanties, avances, amendes et pénalités de retard, dommages-intérêts pour inexécution ou malfaçons, répétitions de l'indu, etc...) (4). Incluse dans les formules spéciales à ces

(1) Ainsi une caution qui se porte adjudicataire d'un immeuble du débiteur, dont le prix est distribué aux créanciers n'exécute pas ; seul le complément qu'elle ajoute pour éteindre totalement la dette est une exécution personnelle : Civ. 1, 24 juin 1975, J.C.P. 1977, II, 18527, (la cassation de cette solution n'est motivée que par le défaut de réponse à conclusions et n'affecte donc pas la valeur du raisonnement).

(2) Paris, 14 décembre 1968, Rev. trim. dr. com. 1971, pp. 476 et 477, obs. R. HOUIN (n° 43).

(3) Rapprocher une autre espèce dans laquelle l'extinction fut attribuée à la société débitrice et non à l'administrateur caution, ce qui interdit à celui-ci de se retourner contre ses cofidéjusseurs : Com. 30 avril 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 137, p. 109.

(4) Cf. sur le cautionnement de marchés publics : J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution...*, Thèse précitée, Sirey, 1964, pp. 72 à 81 ; et également : *J. Cl. com.* ; annexes, Banque et bourse, fasc. n° 34 (1965), n° 83 à 95.

cautionnements (1) elle a même été reprise par des créanciers dans des cautionnements généraux (2).

La valeur et l'efficacité d'une telle clause nous paraissent douteuses, d'abord parce que la légitimité d'un moyen de défense justifie son invocation, et parce que la renonciation anticipée à des exceptions dont on ignore le contenu heurte l'équité la plus fondamentale, ensuite et surtout parce que le cautionnement ne saurait être, dans ses modalités d'exécution, plus onéreux pour la caution que ne l'est l'obligation principale pour le débiteur. L'article 2031 C. civ., très net sur ce point, doit être considéré comme d'ordre public en ce qu'il met en forme une caractéristique qui est de l'essence même de cette sûreté. Cette appréciation est d'ailleurs confortée par la finalité du cautionnement. Ainsi que le remarquait un historien du droit commentant l'évolution terminale de cette sûreté : «il faut et il suffit que le créancier soit mis dans la situation où il serait s'il avait un débiteur solvable ; le cautionnement n'a pas pour but de protéger le créancier contre les contestation et les retards» (3).

Inefficace pour renforcer la position du créancier lors même de l'exécution, cette clause pourrait justifier à son profit l'octroi de dommages-intérêts pour procédure dilatoire plus importants que d'ordinaire. Cela semble d'autant plus envisageable que les juges d'appel démontrent en règle général une certaine sévérité à l'égard des cautions qui requièrent abusivement des délais de grâce, de droit ou de fait (4).

Paradoxalement, c'est à la caution que cette clause pourrait être la plus utile, dans son recours en remboursement contre le débiteur principal. Selon le droit commun, la caution qui n'a pas averti le débiteur du paiement qu'elle compte effectuer est privée de son action recursorioire si le débiteur disposait «de moyens de nature à faire déclarer la dette éteinte» (5) ou s'il avait de son côté réglé le créancier (6). Il apparaît cependant que «l'obligation» de régler

(1) Tous les formulaires de cautionnements de marchés publics la reproduisent à l'identique, qu'ils soient en blanc (formule AFNOR : NF - K 11 - 571 - 1 (juin 1972) ou pré-rédigés au nom des principales banques (B.N.P. ; Crédit Lyonnais ; Société Générale ; etc....) qui fournissent habituellement de telles garanties.

(2) Ainsi la Société Générale a-t-elle stipulé la même obligation dans sa formule la plus générale (aval et cautionnement «omnibus») : formule 13 ; 5°).

(3) APPLETON : *Etude sur le cautionnement*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1876. Cité par R. THISSE : *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité*, Thèse, Montpellier, 1895, Imp. Ricard, 1895, p. 5.

(4) Le recensement effectué par l'I.R.E.T.I.J. de Montpellier grâce à la mise en fiche et le tri par ordinateur de tous les arrêts des Cours d'appel de Montpellier et de Nîmes (1969-1975) a permis de constater que près de la moitié des décisions rendues sur aval ou cautionnement sanctionnaient la caution par la condamnation à des dommages-intérêts approchant en général 5 % du montant de la créance.

(5) Art. 2031 al. 2 C. civ. — Cf. pour une non-application de principe de ce texte au donneur d'aval «tenu de payer dans un délai très bref, sous la menace d'une sanction sévère» : R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n° 255, pp. 216 et 217 (spécialement p. 217 in principio) et les références note 1, p. 217.

(6) Art. 2031 al. 1 C. civ.

à la première demande pourrait, en fonction des circonstances, ôter à un règlement précipité son caractère fautif (1). Ceci soulagerait quelque peu les cautions professionnelles écartelées entre la nécessité de maintenir à l'égard du créancier l'image d'un garant efficace et le désir d'éviter la responsabilité d'un paiement fautif (2).

L'exécution par la caution et l'extinction du cautionnement qui en est la conséquence révèlent ainsi les particularités qui la distinguent de l'exécution par le principal obligé ou même par un tiers solvens.

Paragraphe 2

EXECUTION PAR UN TIERS SOLVENS

23. — Situation du tiers solvens. La notion de tiers est essentiellement ambiguë et relative (3), aussi nous faut-il préciser que le tiers envisagé ici est l'étranger à l'opération économique de cautionnement ; il s'agit donc de toute personne autre que le créancier, le débiteur principal, la caution (4), et leurs représentants. Ce peut donc être soit un codébiteur principal dont la dette n'est pas garantie par le cautionnement soit un cofidéjusseur, soit une personne totalement étrangère.

Le créancier ne peut pas refuser un paiement déclaré satisfaisant par la loi (art. 1236 al. 2 C. civ.) et il a même été jugé que l'entente entre le créancier et son débiteur, pour refuser l'exécution qu'un tiers avait un intérêt personnel à effectuer, n'avait aucune efficacité (5). Une fois payé, le créancier n'a plus

(1) Cf. par ex. : Paris 26 mars 1971, 15^e ch., Sté Legrand c/S.A. L'étoile commerciale (inédit) — Paris 22 juin 1971, 16^e ch., Sté Legrand c/S.A. L'étoile commerciale (inédit).

(2) La fièvre commerciale et concurrentielle des cautions professionnelles les pousse parfois à l'excès et il est fréquent de voir des actions en remboursement échouer sur une exception de faute : cf. par ex. Com. 19 octobre 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 269, p. 235 ; D. 1971, Som., p. 81 — Civ. 16 novembre 1971, Bull. civ. 1971, I, n° 288, p. 246 ; J.C.P. 1971, IV, p. 294, V^o Algérie ; Gaz. Pal. Tables 1^e sem. 1972, V^o Banque, n° 3. — Rapp. : Civ. 6 octobre 1969, Bull. civ. 1969, I, n° 287, p. 226.

(3) J.M. AUSSEL : *Essai sur la notion de tiers en Droit civil français*, Thèse, Montpellier, 1951, imp. Charité, 1957, préf. E. Becqué, passim, et plus spécialement 1^e partie, pp. 23 à 254.

(4) La caution est qualifiée par l'art. 1236 al. 1 C. civ. de « personne intéressée à la dette », par opposition aux « tiers » de l'alinéa second du même article. Certains la considèrent cependant comme un « tiers intéressé » : J. Cl. civ., art. 1235 à 1248, fasc. 1, n° 34. Ce hiatus provient de ce que la notion de tiers est assurément protéiforme (E. BECQUE : préface à la thèse de J.M. AUSSEL, précitée, p. 5).

(5) Req. 7 juin 1937, D.H. 1937, 427 ; S. 1937, I, 251. — Civ. 29 mai 1953, D. 1953, J., 516.

d'action contre la caution ; mais encore faut-il que celle-ci établisse la réalité de l'exécution par un tiers (1).

L'intervention de ce tiers solvens, parfois imposée aux parties à l'opération de cautionnement (2), en bouleverse-t-elle les données et surtout est-elle une exécution extinctive du cautionnement ? La réponse tient dans la qualité que cette exécution va conférer au tiers solvens. Devient-il créancier de la caution, par quel mécanisme et à quelles conditions ?

Tout d'abord le solvens peut disposer d'un recours personnel né de ses rapports juridiques avec la caution à laquelle il s'est substitué. En ce cas, le rapport juridique qui sous-tend le recours est autonome, et la satisfaction apportée au créancier bénéficiaire du cautionnement suffit à éteindre la sûreté.

Bien plus fréquemment le tiers solvens prendra la place du créancier dans le rapport juridique qui l'unit à la caution grâce au mécanisme de la subrogation personnelle. Il a en effet «le plus grand intérêt à faire valoir les droits qui appartiennent au créancier qu'il a satisfait, ce qui lui permet de se prévaloir des sûretés dont la créance était assortie» (3). Le transfert des sûretés au subrogé peut même être considéré comme la raison majeure de la subrogation (4). Cette institution originale tant dans ses conditions que dans ses effets amende la notion de paiement et lui impose une nature juridique particulière.

24. — Conditions de la subrogation. Le tiers qui exécute au nom et en l'acquit du débiteur principal, ou en raison de l'obligation qui pèse sur lui s'il est co-débiteur solidaire, bénéficie de la subrogation légale établie par l'article 1251 - 3^o C. civ. La subrogation concrétise ainsi la relation entre l'obligation à la dette (Haftung) et la mesure de ce qui est réellement dû (Schuld) puisqu'elle permet un remboursement aisé de la part non contributive du solvens (5).

En revanche le tiers qui agit sans être intéressé à la dette n'est pas automatiquement subrogé dans les droits du créancier. L'article 1236 al. 2 C. civ. dispose même par une formule maladroite que cette exécution par un tiers est

(1) C'est ainsi que le virement effectué par un tiers «qui ne constitue qu'une opération interne, n'apporte pas la preuve de l'extinction de l'obligation» : Lyon 16 février 1973, J.C.P. 1973, IV, p. 240, V^o Preuve.

(2) Les paiements effectués par des tiers le sont le plus souvent dans le seul but d'acquiescer contre le débiteur des droits qui constitueront ensuite un moyen de pression ou une monnaie d'échange. Il n'y a pas, dans la pratique des affaires, de place pour le sentiment que certains ont noté dans la législation ou la jurisprudence des affaires (G. LAGARDE : *Le droit des affaires, droit sentimental* ? Mélanges R. SAVATIER, pp. 491 à 510). — Adde : pour une analyse en ce sens du paiement par intervention de la lettre de change : R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n^o 350, p. 304.

(3) M. CABRILLAC : *Le règlement des créances de l'entreprise*, Paris, Librairies Techniques, 1971, n^o 59, p. 49.

(4) Cf. J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, Thèse, Aix, 1976, Paris, L.G.D.J., 1979 (Bibl. dr. privé, t. 160, préf. P. KAYSER) n^o 438, pp. 499 et 500.

(5) Cf. pour une amorce de ce rapprochement : F.K. COMPARATO : *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Thèse, Paris, 1963, Dalloz, 1963 (préf. A. Tunc), n^o 8, p. 18.

possible «pourvu que... s'il agit en son nom propre, il ne doit pas subrogé aux droits du créancier». Il faut en réalité entendre par là qu'il ne peut pas exiger la subrogation mais que celle-ci reste conventionnellement possible, à la discrétion du créancier (1). Il va sans dire que, le tiers étant en posture de poser cette subrogation comme condition de son exécution, le créancier l'accordera fréquemment (2). Au résultat donc, la subrogation du tiers solvens est quasi systématique (3) ; quelle est donc sa portée ?

25. — Effets de la subrogation. La question de savoir si la subrogation peut entraîner le transfert des droits résultant du cautionnement fut débattue avant le Code civil. DUMOULIN soutenait non sans pertinence que le changement de personne qu'elle entraînait pouvait être défavorable à la caution et nuire à ses intérêts (4). Débiteur accessoire engagé par courtoisie ou par nécessité familiale, la caution méritait des égards et notamment qu'on ne lui impose pas un créancier inconnu. L'argument avait convaincu le Parlement de Normandie mais ne sut emporter la conviction des rédacteurs du Code civil. La position contraire défendue par POTHIER et adoptée par le Parlement de Paris s'imposa et entraîna la rédaction sans équivoque de l'article 1252 in principio (2). Ainsi

(1) C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 27, n° 61, p. 57. — A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, t. 4, n° 175 bis. — F. LAURENT : *Principes de Droit civil français*, t. 17, n° 487, pp. 478 et 479. — C. AUBRY et C. RAU : *Cours de Droit civil français*, t. 4, 6^e ed° par E. BARTIN, § 316, n° 8. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE : t. 13, n° 1395, pp. 501 et 502. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 1514, p. 558. — A. PONSART : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ. 1^e ed°, V° PAYEMENT, n° 9.

(2) A. WEILL : *Obligations*, n° 962, p. 910 : «En fait, le créancier ne refuse jamais la subrogation au tiers solvens car il a intérêt à accepter le payement qui lui est offert». Cf. par ex. dans une affaire où le tiers solvens était la compagnie d'assurances garantissant la responsabilité du notaire qui avait mal évalué l'immeuble hypothéqué offert par le débiteur principal : Civ 1, 5 janvier 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 17, pp. 13 et 14.

(3) S'ajoutent à cela les hypothèses de paiement par un tiers d'une lettre de change parvenue à échéance ; que le paiement soit fait par intervention ou même sans intervention, le solvens acquerra les droits résultant de la lettre de change (automatiquement en cas de paiement par intervention : art. 172 al. 1 C. com. ; sinon par la technique de l'endossement ; sur la différence d'effets d'un endos suivant qu'il a été consenti avant ou après le protêt faute de paiement, cf. R. ROBLOT : *Les effets de commerce* (1975), n° 271, pp. 230 et 231).

(4) Sur la coutume de Poitou : art. 330. — Cf. pour un exposé plus complet de la controverse : J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, Thèse précitée, n° 465, pp. 520 et 521.

(5) Cf. P. JAUBERT : *J. Cl. civ.* art. 1249-1252, fasc. VI (1961), n° 4 qui précise : «Le législateur a cru devoir écrire ce texte uniquement parce que, dans notre ancienne jurisprudence, il existait des divergences sur le point de savoir si le paiement, même avec subrogation, éteignait ou non l'obligation des cautions».

donc le principal effet de l'exécution par un tiers est de ne pas éteindre le cautionnement (1).

Le principe, général dans son application, reçoit une atténuation au cas bien spécial où un cofidéluséur qui a payé le tout se retourne contre les autres. Il dispose de deux recours, l'un personnel fondé sur l'article 2033 C. civ., l'autre subrogatoire qui découle des principes généraux de la subrogation (2). Quel que soit le fondement de son action récursoire, il ne peut demander aux autres cautions que leur part virile. Son action est donc divisée, sa subrogation émietlée ; il ne prend pas totalement la place du créancier (comp. art. 1214 C. civ.). Justifiée par l'idée même de sûreté (3), cette mesure emporte au plan de l'extinction une conséquence importante : la subrogation du cofidéluséur n'étant pas complète, l'engagement de la caution poursuivie en remboursement est donc éteint au delà de sa part contributive par un paiement qui est bien un paiement effectué par un tiers. Il n'en reste pas moins qu'il survit pour ce montant-là et que donc le paiement par un tiers n'est jamais un événement totalement extinctif (4).

26. — Nature juridique du paiement subrogatoire. L'influence de la subrogation consentie au tiers solvens empêche ainsi le paiement qui en est affecté de conserver la même nature qu'un paiement émanant du débiteur principal ou de la caution. La différence étant acquise, une évolution s'est dessinée dans l'appréciation de sa mesure et de son influence (5).

(1) La subrogation ne va toutefois pas jusqu'à conférer au subrogé des droits supplémentaires que le subrogeant tenait d'un autre titre que la créance cédée. Ainsi les droits que le banquier détient à l'encontre de sa caution personnelle engagée par un cautionnement « omnibus » ne sont pas transmis au solvens d'une lettre de change tirée sur le débiteur garanti (Com. 11 avril 1962, Bull. civ. 1962, III, n° 229, p. 187 ; D. 1962, p. 366. L'espèce était la suivante : Elie NOEL était caution envers une banque de toutes les dettes de son frère. La banque escompta à d'autres clients des traites acceptées par le frère, qui restèrent impayées ; la banque ayant effectué la contre-passation dans les comptes des tiers remettants, ceux-ci furent subrogés dans les droits du banquier ; ils estimaient pouvoir poursuivre E. NOEL : la Cour de cassation leur dénia ce droit au motif que le tireur-porteur ne peut exercer d'autres droits que ceux nés de la lettre de change).

(2) Sur le mécanisme des recours, tant personnel (art. 2033 C. civ.) que subrogatoire, du cofidéluséur qui a payé, cf. : M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e éd°, n° 1544 à 1546, pp. 996 à 998. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e éd°, VO CAUTIONNEMENT, n° 184 à 201. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2028-2033, n° 190 à 233 qui constitue l'étude la plus développée.

(3) Le créancier qui a exigé plusieurs cautions doit bénéficier d'un avantage (le paiement intégral par l'une d'elles) et non pâtir d'un inconvénient (la division des poursuites) sauf l'écueil du bénéfice de division, écarté en pratique. La même idée ne se retrouve plus dans les rapports entre cofidéluséurs qui sont entre eux codébiteurs et doivent donc subir « le droit commun des obligations plurales, qui est la division » : P. JESTAZ : *op. cit.* n° 185 ; adde P. SIMLER : *op. cit.* n° 229.

(4) Cf. infra n° 32, l'application de ce principe à l'hypothèse de plusieurs cautionnements de montants différents garantissant une même dette.

(5) Pour une étude exhaustive de cette évolution, cf. P. JAUBERT : *J. Cl. civ.* art. 1249-1252, fasc. 1, n° 17 à 30.

La subrogation fut d'abord analysée comme un simple transfert des actions et garanties dont disposait le créancier, afin de respecter l'effet extinctif qu'a le paiement à l'encontre de la créance. Puis, à la suite d'AUBRY et RAU (1), auteurs et jurisprudence ont abandonné cette théorie pour se rallier à la conception reposant sur la fiction d'une survivance de l'obligation et de ses accessoires au profit du subrogé : celui-ci entre dans tous les droits et actions du créancier désintéressé (2).

Ces conceptions qui tentent de préserver l'unité du paiement en y incluant de force deux portées antagonistes, l'une extinctive, l'autre qui ne l'est pas, laissent une insatisfaction certaine (3). Le recours à la fiction, toujours dangereux et gênant, surtout lorsqu'il repose, comme en l'espèce, sur une volonté présumée du législateur, est insuffisant. L'idée d'une autonomie du paiement subrogatoire est alors apparue. Evoquée par Mme CATALA qui remarque que «l'intervention d'un tiers... perturbe le déroulement normal de l'exécution et se situe quelque peu en marge du véritable paiement» (4), elle fut ensuite systématisée (5). A côté du paiement extinctif apparaît donc, autonome, un paiement subrogatoire non-extinctif. Le résultat est évidemment celui antérieurement retenu, mais la justification découlant d'une saine utilisation des éléments spécifiques du paiement a pour elle une élégance que n'acquiescent pas celles qui se prévalent d'une fiction juridique ou d'une volonté présumée du législateur.

Le paiement subrogatoire n'éteignant pas l'obligation principale ne saurait éteindre le cautionnement qui subsiste avec elle. La tentation est grande pour le débiteur d'organiser avec ses créanciers une fraude visant à faire passer le cautionnement d'une opération sur une autre, d'un créancier à un autre (6).

(1) Cours de droit civil français : t. 4, § 321-1^o, 4^e ed^o, 1871, pp. 169 à 175. — 6^e ed^o par E. BARTIN (1942) : pp. 263 à 272.

(2) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1235, pp. 644 et 645 et la jurisprudence citée. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, vol. 1, n^o 621, p. 653. — A. WEILL : n^o 1017, p. 943. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, n^o 858, p. 851.

(3) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : op. cit. n^o 1244, pp. 652 et 653.

(4) N. CATALA : *La nature juridique du payement*, Thèse précitée, n^o 164, p. 244.

(5) Cf. l'imposante étude de J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, Thèse précitée, dont elle constitue le but (n^o 6, pp. 11 à 13) et la conclusion (n^o 639 et 640, pp. 844 à 846).

(6) Dans une espèce ancienne, le débiteur cautionné a réussi à mener à son terme une subrogation frauduleuse permettant de transmettre à un autre créancier le cautionnement qui garantissait une dette éteinte. La Cour de cassation a strictement appliqué la règle de la subrogation (Civ. 12 février 1840, *Dalloz, Jur. Gen.*, V^o CAUTIONNEMENT, n^o 321 et arrêt en note) non sans encourir une virulente critique de la doctrine. (Cf. spécialement F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, t. 28, n^o 274 et les auteurs cités note 2, p. 277).

Lorsqu'elle vise en plus à faire définitivement supporter à la caution la charge de la dette, la subrogation frauduleuse est quand même annulée (1). Le paiement effectué en apparence par un tiers mais qui est en réalité le fait du débiteur agissant par personne interposée est assimilé à l'exécution par le principal obligé dont elle emporte toutes les conséquences.

Paragraphe 3

EXECUTION PAR LE PRINCIPAL OBLIGE

27. — **La généralité de son effet extinctif et sa limite.** Il n'est pas de meilleure satisfaction pour le créancier que l'exécution de la dette principale par celui-là même qu'elle vise : le principal obligé ; il n'est donc pas de meilleure exception inhérente à l'obligation principale (2) ni de meilleur facteur d'extinction du cautionnement.

La généralité de l'effet extinctif de l'exécution, valable pour toutes les formes de cautionnement (3), et qui repose sur la règle de l'accessoire, n'est pas démentie par les multiples applications que les rédacteurs du Code civil, à l'exemple de POTHIER (4), se sont attachés à mentionner expressément. A l'étude de chacune des formes d'exécution que régit le Code est adjoind l'examen de ses conséquences sur le cautionnement.

(1) Le débiteur principal avait organisé son insolvabilité et avait notamment donné à sa fille l'argent nécessaire au paiement de la dette cautionnée ; celle-ci, subrogée dans les droits du créancier désintéressé, se retourna contre la caution. Le recours de cette dernière étant illusoire, elle aurait dû supporter définitivement la dette. La fraude mise à jour a permis à la caution d'obtenir sa libération (Civ. 9 février 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 40, p. 37).

(2) Cf. P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, fasc. 2034-2039, n° 4 ; P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., V° CAUTIONNEMENT, n° 274.

(3) Les solutions développées sont applicables :

1° - Au cautionnement simple.

2° - Au cautionnement solidaire (P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 6).

3° - A l'aval (P. SIMLER : op. cit. n° 7 ; aux auteurs cités en faveur de cette solution : H. SINAY : *La situation juridique du donneur d'aval*, Rev. trim. dr. com. 1953, pp. 17 à 52, n° 17 et suiv. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, n° 183 et suiv., pp. 171 et suiv. — P. JESTAZ : op. et loc. cit. — Adde : M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, Paris, Librairies techniques, 1974, n° 35-A, pp. 119 et 120).

4° - A l'engagement du certificateur de caution (P. SIMLER : op. cit. n° 8) et malgré les réserves qu'il émet : B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse, Paris, 1953, L.G.D.J., 1954, § 178, pp. 201 et 202.

(4) R.J. POTHIER : *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, passim.

Une telle sollicitude apparaissait inutile pour un facteur topique d'extinction (A). Il est pourtant des hypothèses où l'exécution est un évènement inefficace, insusceptible d'éteindre le cautionnement (B).

A — L'exécution, facteur d'extinction du cautionnement

28. — **Intérêt à exécuter ; offres réelles.** L'obligation du débiteur principal et par ricochet celle de la caution s'éteignent par l'exécution en raison de la satisfaction du créancier. Puisqu'elle déclenche l'extinction des engagements, la satisfaction du créancier en est donc le critère (a) ; elle en est aussi la mesure (b).

a) La satisfaction du créancier, critère de l'extinction

L'exécution de l'obligation ôte au créancier les doutes et fait disparaître le risque qu'atténuait le cautionnement. En effet «qui dit confiance dit aussi incertitude dans un résultat» (1), et l'exécution vient soulager le créancier en dissipant cette incertitude.

Parallèlement l'exécution soulage le débiteur en le libérant de l'appréhension de la dette. Lorsque la dette est accompagnée d'un cautionnement, le poids en est tout à la fois psychologique et financier. Les commissions prélevées par la caution *prorata temporis* continuent de courir jusqu'à l'extinction, les contre-garanties restent indisponibles et il est des cas où le débiteur agit en justice contre la caution à seule fin de faire constater la disparition de sa dette (2).

(1) J. HAMEL : *Préface* à l'ouvrage de G. PETIT-DUTAILLIS : *Le risque du crédit bancaire* (1^e ed^o, 1944), 4^e ed^o, 1971, Paris, Riber, pp. 7 à 9, spécialement p. 7.

(2) Il est rarement exaucé : deux espèces témoignent de ces difficultés :

Dans une première affaire, le Crédit Lyonnais avait consenti un cautionnement pour contestation d'impôts dus au fisc algérien. Rapatrié en France, le débiteur, qui n'avait pas réglé sa dette et ne comptait pas le faire, exigeait que le cautionnement cesse pour impossibilité d'exécution (l'Etat algérien étant impuissant contre lui) et que les titres fournis en contre-garantie lui soient restitués. Ni la Cour d'appel (Aix 19 novembre 1970) ni la Cour de cassation (Civ. 13 décembre 1972, Bull. civ. 1972, I, n^o 287, p. 253 ; J.C.P. 1973, IV, p. 34, V^o Algérie) ne l'ont accepté.

Dans une seconde affaire, plus complexe, le Crédit Lyonnais es-qualités de caution était encore aux prises avec un débiteur principal désireux de faire cesser un cautionnement contracté à l'occasion d'une saisie-arrêt ultérieurement annulée. Cette fois c'est en raison des termes du cautionnement que celui-ci fut maintenu (Civ. 9 novembre 1971, J.C.P. 1972, ed^o A, IV, 6051, rejetant un pourvoi contre Montpellier 16 octobre 1969, inédit).

Afin de ménager les intérêts parfois opposés que les parties peuvent avoir à l'exécution de l'obligation principale, la loi a organisé la procédure des offres réelles. Elle a en même temps pris le soin de réglementer l'extinction du cautionnement.

Après avoir posé pour principe que le débiteur peut contraindre son créancier récalcitrant à accepter un paiement dû par le système des offres réelles, le Code civil dispose en son article 1257 al. 2 que «les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur» ; mais l'article 1261 apporte une précision : cette libération n'est effective et définitive qu'autant que la consignation a été acceptée par le créancier ou bien déclarée bonne et valable par un jugement passé en force de chose jugée. Jusque là, le cautionnement vit ; par ces formalités, il se trouve éteint et définitivement éteint. S'il advenait que, par accord entre créancier et débiteur, l'obligation principale vienne à revivre, l'article 1262 C. civ. dispose que la caution qui s'était trouvée régulièrement libérée conserve le bénéfice de cette libération qui est pour elle un droit acquis. L'accord entre créancier et débiteur fait naître une nouvelle dette, insusceptible d'attirer à elle les garanties attachées à l'ancienne (1). Le cautionnement demeure donc éteint par le jeu de cette exécution forcée ; la satisfaction première du créancier a suffi à le faire disparaître.

Un problème semblable concerne les clauses insérées par certaines banques dans leurs formulaires et précisant que le cautionnement subsistera jusqu'à l'exécution «telle qu'elle sera notifiée à la caution par la banque créancière» (2). Faut-il entendre par là que les parties ont décidé de prolonger la validité du cautionnement jusqu'à la notification de l'exécution ? Assurément pas. L'extinction pour cause de paiement puise dans son fondement une automaticité totale : le créancier satisfait perd immédiatement ses droits et la notification de cette satisfaction ne saurait être nécessaire. Le cautionnement ne peut d'ailleurs survivre à la disparition de son support : il devient caduc dès l'instant où la satisfaction du créancier est certaine (3). Critère de l'extinction, la satisfaction du créancier en est aussi la mesure.

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUAN : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1211, p. 617 — A. PONSARD : *Encycl. Dalloz*, Repr. dr. civil, 1^e ed^o, V^o PAYEMENT, n^o 301.

(2) La Banque WORMS, par exemple, use d'une telle formule.

(3) Les parties ne sont pas maîtres de cet effet extinctif du paiement. Une espèce curieuse en fournit une image : Le débiteur d'un billet à ordre avalisé avait donné à sa banque l'ordre de régler son créancier étranger par virement. La banque effectue le virement quelques jours avant l'ouverture de la liquidation des biens du débiteur, puis «l'annule» de son propre chef quelques jours après. L'avaliseur poursuivi par le créancier obtint l'affirmation de sa libération ; l'annulation du virement était inefficace et son effet extinctif demeurait total. (Nîmes 2^e ch. 23 juin 1971, C.C.F. c/S.A. IBERNA, inédit).

b) La satisfaction du créancier, mesure de l'extinction

29. — Satisfaction et paiement partiel. La satisfaction du créancier détermine le quota d'extinction du cautionnement lorsque l'exécution n'est pas intégrale ; elle détermine également les conditions auxquelles le paiement s'applique à la dette cautionnée. Les règles supplétives de l'imputation des paiements partiels sont dominées par la recherche d'une satisfaction maximale du créancier.

Trois séries de cas sont à distinguer, suivant qu'il y a paiement partiel d'une dette intégralement cautionnée (1°), paiement d'une dette parmi plusieurs dont une seule est cautionnée (2°) ou paiement d'une dette cautionnée pour partie (3°).

1° *Le paiement partiel* peut certes être refusé par l'accipiens (art. 1244 al. 1 C. civ.) mais il n'est guère de créancier de sommes d'argent qui refuse cet onguent propre à atténuer son irritation. La caution est alors libérée à proportion de l'exécution effectuée et donc de la satisfaction du créancier.

30. — Imputation et pluralité de dettes.

2° *L'imputation d'un paiement du débiteur principal en cas de pluralité de dettes* ayant un objet identique dont l'une seulement est cautionnée met en branle plusieurs idées (1). En cas d'exécution suffisante pour éteindre certaines des dettes mais insuffisantes pour satisfaire totalement le créancier, il est primordial de savoir si le rapport obligatoire auquel est attaché le cautionnement sera éteint par priorité ou non.

C'est sur fond d'une volonté individuelle toute puissante que se détache le corps de règles que le Code civil a disposé pour résoudre la difficulté. Les articles 1253 à 1256 sont ainsi uniquement supplétifs, les parties étant libres d'organiser individuellement ou ensemble l'imputation (2).

La volonté du débiteur est prioritaire (art. 1253 C. civ) mais elle ne saurait commettre un abus sans que le juge ne s'arroe le droit d'y remédier (3).

L'insouciance du débiteur transmet au créancier le droit négligé et il apparaît alors peu probable qu'il choisisse d'éteindre d'abord la dette cautionnée. Si cela se produisait, le choix ainsi exercé serait irrémédiable car il conférerait à la caution un droit acquis à la libération. Le créancier qui impute le paiement,

(1) L'imputation est une notion riche de significations (l'on impute un délit, une responsabilité aussi bien qu'un paiement) et de virtualités difficiles à canaliser. Pour une tentative peu convaincante, cf. J. COUPERET : *Essai sur l'imputation*, Thèse, Toulouse, 1967 (dactyl.) ; spécialement sur l'imputation des paiements, pp. 139 à 144.

(2) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2e ed°, n° 1205, p. 611. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 1557, p. 568. — J.P. COUTURIER : *J. Cl. civ.* art. 1256 (1975) n° 39 à 42. — V. le rappel du principe par Com. 19 décembre 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 306, p. 261.

(3) Civ. 14 novembre 1922, D. 1925, 1, 145, note L. JOSSERAND ; S. 1923, 1, 212.

dans une quittance acceptée du débiteur, sur la dette garantie ne peut ensuite revenir sur cette option (1). La possibilité que la loi offre au créancier de décider de l'imputation repose en effet sur l'idée d'un accord tacite du débiteur. Cet accord confirmé par l'admission de la quittance ne peut être ultérieurement amendé.

Parfois, l'accord apparaît au grand jour grâce à des stipulations expresses des parties. Un tel accord s'impose à la caution de la dette non réglée car il participe d'un pouvoir des parties sur des contrats auxquels elle demeure étrangère et dont elle ne peut critiquer l'extinction prioritaire (2) (3). Toutefois, et en vertu des règles générales, la fraude consumptrice serait à même de lui rendre inopposable un accord par trop lésionnaire de ses intérêts. C'est pourquoi la caution a souvent tendance à voir dans toute imputation contraire à son avantage la marque d'une intention malicieuse et d'un concert ourdi à son encontre. Aussitôt évoquée, cette argumentation est rejetée si elle n'est pas solidement étayée d'arguments objectifs (4).

L'accord exprès d'imputation emporte donc fréquemment extinction des seuls espoirs de la caution mais non de son engagement. Bien souvent, et heureusement pour elle, il n'est rien dit ni rien écrit.

31. — Imputation en l'absence de volonté expresse. L'article 1256 C. civ. prévoit en ce cas d'éteindre en premier, parmi les dettes échues, celle qui est la plus onéreuse pour le débiteur. Si le juge du fond est libre d'apprécier, suivant les circonstances, où se trouve l'intérêt du débiteur (5), la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à considérer qu'une dette cautionnée est plus

(1) Civ. 20 octobre 1968, D. 1969, 96 : «Une imputation postérieure au paiement ne peut faire revivre des sûretés éteintes par suite de l'imputation légale».

(2) En ce sens : Dijon 22 mars 1974, D. 1974, 385, note B. VIGNERON — Le débiteur et le créancier s'étaient entendus pour imputer tous les remboursements sur un contrat postérieur à la dette cautionnée, laissant celle-ci presque totalement impayée. Cet accord ignoré de la caution dont il aggravait indirectement le sort a été jugé parfaitement valable au regard des règles de l'imputation : «rien n'empêchait... le débiteur de contracter de nouveaux engagements et ainsi, en augmentant les risques de son insolvabilité, d'aggraver le sort de la caution». La décision a été cassée sur un autre point, connexe mais étranger au problème d'imputation (Civ. 1, 14 octobre 1975, J.C.P. 1975, IV, p. 352, Vis Caution - Cautionnement).

(3) Il s'impose également à ses auteurs qui ne sauraient ultérieurement le modifier sans réserver les droits de la caution : Caen, 17 avril 1869, D.P. 1871, 2, 184.

(4) Cf. par exemple, outre Dijon, 22 mars 1974 (précité), — Civ. 1, 22 mai 1973, J.C.P. 1973, II, 17572, note M. DAGOT ; D. 1973, inf. rap., p. 179 ; Gaz. Pal. 1973, 2, Som., p. 177. L'imputation défavorable à la caution était le fait d'un notaire ; les prétentions de la caution furent rejetées faute pour elle d'établir sérieusement le concert frauduleux des parties.

(5) Cass. 28 juin 1853, D. 1853, 1, 316 ; S. 1853, 1, 695. — Civ. 4 mars 1959, Bull. civ. 1959, I, n°132, pp. 111 et 112.

onéreuse pour le débiteur qu'une dette non garantie (1). Aux dires des auteurs, cette priorité se justifierait par le fait que d'un paiement le débiteur éteint deux dettes et qu'ainsi il se met à l'abri de deux recours, celui du créancier et celui de la caution (2). L'argument est spécieux dans la mesure où les deux recours, celui en paiement du créancier et celui en remboursement de la caution solvens sont alternatifs et non cumulatifs. Si la caution paie, le créancier est désintéressé et n'a plus d'action en paiement. Considérer la dette cautionnée comme plus onéreuse sur le seul fondement de cet argument est peu convaincant.

Une justification plus sérieuse peut être trouvée dans l'étendue du recours de la caution. L'article 2028 C. civ. dispose, dans ses alinéas 2 et 3, que la caution peut obtenir, en sus du remboursement de la dette payée, le remboursement des frais (et l'intervention de la caution ne peut que les augmenter), et même des dommages-intérêts. Ne serait-ce que pour ce motif, la dette cautionnée est plus onéreuse. Son poids s'accroît encore lorsque le cautionnement est rémunéré par une commission proportionnelle au risque couvert et fonction de la durée de ce risque.

L'imputation paraît donc faire la part belle au débiteur et ignorer les exigences de la satisfaction du créancier. L'impression est trompeuse : il faut en effet rappeler que ce problème concerne une pluralité de dettes ; or la satisfaction du créancier telle que nous l'entendons dans l'étude de l'exécution s'apprécie au sein de chaque contrat et ne doit pas être confondue avec le contentement psychologique qui peut émaner d'un contrat ou d'un ensemble hétérogène de contrats. La satisfaction ainsi comprise est synonyme de la plénitude d'accomplissement des obligations du contrat ; elle est donc parfaitement respectée dans notre hypothèse puisque le paiement affecté à un contrat parmi d'autres en exécution les stipulations. L'extinction de la dette principale et par ricochet de son cautionnement accessoire est aussi entière (3).

(1) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1011, p. 540 et les références citées. — A. PONSARD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 1^e ed°, V° **PAYEMENT**, n° 227 et la jurisprudence citée. — Adde : Civ. 1, 29 octobre 1963, Bull. civ. 1963, I, n° 462, p. 393 ; D. 1964, p. 39 ; Gaz. Pal. 1963, 2, 454. — Comp. P. JESTAZ qui cite en sens contraire : Civ. 12 juillet 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 397, p. 314, mais cet arrêt, à la motivation fort confuse, ne saurait être opposé au courant majoritaire (*Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, V° **CAUTIONNEMENT**, n° 281).

(2) Aux auteurs cités, note précédente, ajouter : M. PUECH : note au D. 1972, pp. 681 à 684, sous Trib. gr. inst. Strasbourg, 11 février 1972, spécialement p. 683, 2^e colonne in fine. — B. VIGNERON : note au D. 1974, pp. 387 et 388, sous Dijon, 22 mars 1974, spécialement p. 387.

(3) L'on peut rapprocher de cela le cas de la caution qui effectue elle-même un paiement sans en préciser l'imputation alors qu'elle est également, par ailleurs, débitrice à titre principal d'une dette personnelle à l'égard du même créancier. La dette la plus onéreuse pour elle étant sa dette personnelle, elle s'éteindra en premier (C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 28, n° 48 ; F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, 4^e ed°, t. 17, n° 620, p. 604 et la référence à POTHIER ; J.P. COUTURIER : *J. Cl. civ.* art. 1256, (1975), n° 50 ; Bordeaux 21 février 1861, D. 1862, 2, 507 (sol. implicite). — Ici les satisfactions du solvens et de l'accipiens concordent.

32. — Imputation et dette partiellement cautionnée.

3^o *L'imputation du paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée* répond à un souci plus accentué encore de préservation de la satisfaction du créancier. L'hypothèse est fréquente non pas tant dans le cautionnement d'une opération unique que surtout dans celui de dettes futures. Si la caution a pris la sage précaution de fixer un plafond à son engagement, il arrive que ce plafond soit inférieur à l'une seule des dettes garanties : le cas habituel est celui du cautionnement d'un solde de compte courant (1). Le solde est assurément une dette unique qu'un cautionnement inférieur ne couvre que partiellement. Les paiements s'effectuant par fractions espacées, le cadre de la difficulté est tracé. Il n'est point possible de le remplir à l'aide d'une disposition législative, comme précédemment, puisqu'ici la loi est muette. En l'absence de texte, deux règles s'imposent.

Il faut privilégier la volonté des parties, à condition qu'elle soit établie avec certitude. Les accords d'imputation effectués lors du paiement paraissent relativement rares (2). En revanche, les clauses insérées dans le contrat de cautionnement lui-même et visant les paiements effectués par le débiteur principal sont plus courantes. Certains formulaires notariaux prévoient une clause d'imputation ambivalente qui impose aux parties de choisir lors de la signature du contrat la fraction de la dette, cautionnée ou non, sur laquelle portera l'imputation (3). D'autres sont plus cléments pour la caution et stipulent l'imputation sur la partie cautionnée de la dette (4). En dehors des clauses tranchées, l'on peut dégager une volonté d'imputation, même implicite, de certaines formules générales glissées dans le contrat, telle par exemple l'affirmation que la caution sera tenue «jusqu'à complet remboursement» (5).

Lorsque la volonté des parties ne s'est pas manifestée, c'est à la plus grande satisfaction du créancier qu'il faut accorder la considération primordiale. Puisqu'il s'agit d'une dette unique, le cautionnement, même partiel, ne peut

(1) Cf. P. SIMLER : Note au J.C.P. 1975, II, 18145, sous Com. 18 juin 1973 (I.B. 2^o). — Note au J.C.P. 1976, II, 18312, sous Com. 4 décembre 1973 (II. 2^o et 3^o). Les deux décisions commentées statuent sur cette difficulté.

(2) Cf. toutefois pour une hypothèse d'imputation sur la partie cautionnée de la dette exigée par le débiteur et acceptée par le créancier : Cass. 13 novembre 1861, D. 1862 1, 133.

(3) *Formulaire général du Notariat* par DEFRENOIS : 4^e vol., 1884 ; Du cautionnement, p. 80 in fine. — *Répertoire notarial Dalloz* : t. 3, formulaire, 1958, V^o Cautionnement, formule 202 (cautionnement partiel), p. 96.

(4) LAINEY-LECOURT : *Formulaire d'actes sous-seings privés*, 1972, V^o CAUTIONNEMENT, formule 7 (cautionnement partiel), p. 172 in principio. — *Juris-Classeur Notarial* (2^e partie, formules commentées). V^o CAUTIONNEMENT, formule n^o 1, p. 6.

(5) Cette phrase fut interprétée maladroitement par la Cour de cassation comme recélant un terme extinctif (Com. 18 juin 1973, Bull. civ. 1973, IV, n^o 209, p. 189 ; J.C.P. 1975, II, 18145 note P. SIMLER ; D. 1973, Som., p. 149 ; Rev. trim. dr. com. 1974, p. 135, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; sur la critique de cette solution, cf. infra n^o 272. — Pour une analyse identique à celle soutenue au texte, cf. P. SIMLER, note précitée sous cet arrêt, I.B. 2^o).

avoir d'autre finalité que d'assurer au créancier un paiement aussi complet que possible ; le créancier n'a pas exigé un engagement supplémentaire pour doubler inutilement le débiteur dans la mesure de ses capacités. Le cautionnement doit donc survivre tant que la dette n'est pas totalement éteinte. Pour cela, il faut que les paiements partiels du débiteur s'imputent sur la partie non cautionnée de la dette (1). C'est à cette solution que se rend le droit positif français dans l'enthousiasme d'une unanimité doctrinale (2) et jurisprudentielle (3).

Au solde du régime de l'imputation se dégage une double constatation. D'une part l'on relève que le rôle relativement réduit de l'imputation organisée par la volonté expresse des intéressés fait pièce à la place fort importante que lui présume le législateur en cas de silence des parties ; d'autre part l'on constate que la satisfaction du créancier est la clé de toute imputation car elle s'intègre à la notion même de paiement. C'est elle qui explique tous les mécanismes de l'imputation et particulièrement la différence de régime entre l'imputation en cas de pluralité de dette et l'imputation en cas de paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée. Si l'on note que le droit anglais est parvenu aux mêmes solutions (4) et connaissant le pragmatisme des britanniques, l'on ne peut que se féliciter de cette harmonie.

L'exécution par le principal obligé constitue, parce qu'elle entraîne la satisfaction du créancier, un facteur d'extinction du cautionnement. Critère de l'extinction, la satisfaction détermine l'étendue ; elle peut également en déterminer l'existence, dans les cas particuliers où le paiement est frappé d'inefficacité.

(1) La même solution vaut pour les paiements effectués par les cofidejuseurs lorsque les divers cautionnements sont limités à des montants différents qui ne couvrent pas la totalité de la dette ; pour une application brutale cf. C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la Banque*, Paris, P.U.F. 1974, n° 559 p. 765 qui citent CAEN, 16 avril 1969, inédit ; pour une application plus nuancée cf. ORLEANS (Civ.) 22 janvier 1976, J.C.P. 1977, IV, p. 42.

(2) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, n° 119, p. 135 et les nombreuses références note 1. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed°, n° 141, p. 143 et les références citées. — A. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1548, p. 999. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 7^e ed° par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, 1975, § 429, n° 238, p. 352. — J.P. COUTURIER : *J. Cl. civ.* art. 1253-1255 (1975), n° 11 ; et art. 1256 (1975), n° 43 à 49.

(3) Civ. 12 janvier 1857, D.P. 1857, 1, 278 ; S. 1857, 1, 349. — Cass. 23 juillet 1883, S. 1885, 1, 171. — Civ. 12 novembre 1890, S. 1891, 1, 55 ; D.P. 1892, 1, 19. — Req. 8 juin 1901, D.P. 1907, 1, 473, note de Loynes. — Civ. 31 octobre 1910, D.P. 1912, 1, 390 ; S. 1913, 1, 366. — Civ. 12 juillet 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 397, p. 314. — Com. 5 novembre 1968, Bull. civ. 1968, IV, p. 275 ; D. 1969, 314 ; J.C.P. 1968, IV, p. 199.

Seul détone un jugement du Trib. gr. inst. Strasbourg, 11 février 1972, D. 1972, 680, note M. PUECH.

(4) Cf. M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse, Paris, 1974 (dactyl.), pp. 116 à 119.

Deux espèces ont posé les règles d'imputation : Re Sherry 1884 25 ch. 692, en cas de pluralité de dettes ; Clayton's Case (Devaynes v. Noble) 1816, pour le paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée. — Il est intéressant de relever que les deux affaires avaient trait à des opérations en compte courant.

B — L'exécution, évènement inefficace

33. — **Causes d'inefficacité ; rejet de la notion de nullité.** Un paiement, apparemment valable peut parfois être affecté d'un vice qui l'altère et lui ôte tout ou partie de son efficacité. Certains de ces vices ont été envisagés par le Code civil au titre du paiement, et sanctionnés par la nullité (a) ; d'autres sont extérieurs à cette notion, plus généraux et sanctionnés par l'opposabilité (b).

a) Nullité du paiement

L'absence des conditions que pose la loi pour la validité du paiement (propriété de la chose donnée en paiement et capacité de l'aliéner pour le solvens, capacité de recevoir de l'accipiens) est sanctionnée aux termes des articles 1238 et suiv. C. civ. par une «invalidité» que le droit positif qualifie de nullité. En ce cas le paiement est frappé d'une inefficacité totale qui agit erga omnes. L'acte de paiement disparaît rétroactivement, entraînant avec lui la disparition rétroactive de la libération de la caution.

Nous avons au contraire pris parti pour une analyse différente ; le paiement est regardé, tout au moins en ce qui concerne son effet extinctif, comme un fait juridique (1). L'impossibilité de retenir la nullité est alors évidente, cette sanction ne concernant que les actes juridiques. C'est tout simplement une inefficacité de l'évènement, une absence de portée juridique qui doit sanctionner son vice. Puisque c'est à la satisfaction du créancier que la loi attache l'effet extinctif du paiement (2), l'exécution qui ne remplit pas les conditions que la loi impose pour satisfaire le créancier reste un fait matériel et n'accède pas, en principe, à la qualification de fait juridique.

Les conséquences, à l'égard de la caution d'un tel évènement sont simples : le paiement fait à l'aide d'une chose dont le solvens n'avait pas la propriété, le paiement effectué par un solvens incapable, celui fait à un accipiens incapable ou sans pouvoirs, sont inefficaces (3). L'obligation principale n'a jamais

(1) Cf. supra n° 15.

(2) Cf. supra n° 15. — Adde : N. CATALA : *La nature juridique du payement*, Thèse Paris, 1960, L.G.D.J., 1961, n° 161, p. 241 : «Le payement est un fait juridique parce que l'extinction de l'obligation est un effet de droit attaché par la loi à une situation de fait (la satisfaction du créancier)» ou encore n° 106, p. 179 «seule la satisfaction du créancier est une condition nécessaire à l'extinction de l'obligation».

(3) Exceptionnellement, la loi accorde à un paiement aux conditions de validité incomplètes les effets d'un paiement normal (cf. art. 1238 al. 2 C. civ. ; art. 1239 al. 2 C. civ. ; art. 1241 C. civ.). Cette exception est due au fait qu'un tel paiement emporte tout de même satisfaction du créancier. Le créancier étant satisfait et le paiement étant valable, la caution demeure libérée.

été éteinte, le cautionnement n'a pu l'être. Les paiements insatisfaisants tels que déterminés par la loi ne sont donc pas des événements susceptibles d'éteindre le cautionnement (1) ; différente est la situation en cas d'opposition du paiement.

b) Opposition du paiement

34. — Notion. Dans un but de protection, la loi permet à certaines personnes de ne pas tenir compte d'un acte ou d'un fait juridiques qui leur serait normalement opposable. L'événement demeure pleinement valable entre les parties, mais inefficace à l'égard de certains tiers (2).

Le paiement peut être frappé d'opposition. Qu'il soit considéré comme un acte juridique ou comme un fait juridique la solution est la même : le bénéficiaire de l'opposition pourra ignorer les conséquences juridiques de cet événement ; le paiement est donc censé ne pas exister pour lui. Mais à l'égard des parties au paiement, c'est-à-dire le débiteur solvens et le créancier accipiens, l'opération reste valable et efficace ; cependant, suivant la nature de l'opposition, les effets du paiement pourront être plus ou moins affectés par l'inefficacité. Déterminer la notion d'opposition du paiement (1°) est donc nécessaire avant d'aborder son régime (2°).

1° Notion d'opposition du paiement.

Plus qu'une sanction, l'opposition est une mesure de protection. Elle a pour but de priver un événement des effets dommageables qu'il pourrait avoir à l'encontre d'une personne particulièrement digne d'intérêt ; en ce qui concerne le paiement, cette protection peut avoir deux fondements en fonction desquels il convient de l'étudier. D'une part le législateur a voulu protéger les créanciers contre le dépérissement de leur gage ; en évitant que le paiement n'éteigne la créance de leur débiteur, ils préservent leurs droits. D'autre part le législateur protège ces mêmes créanciers de la fraude que les parties au paiement pourraient diriger contre leurs intérêts.

(1) Cf. pour une tentative ingénieuse de libération de la caution par un raisonnement reposant sur l'utilisation de l'article 2037 C. civ. au cas où l'obligation principale est assortie, en sus du cautionnement, d'une hypothèque : P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 277.

(2) Cf. D. BASTIAN : *Essai d'une théorie générale de l'opposition*, Thèse, Paris, 1929, Sirey, 1929, pp. 334 et suiv. — R. VERDOT et P. HEBRAUD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed° (1970), V° ACTE, n° 149.

35. — Inopposabilité et protection contre l'extinction

α - La protection contre l'extinction de la créance regroupe deux catégories d'inopposabilités : les inopposabilités pour défaut de publicité du paiement et les inopposabilités pour non-respect d'une opposition à paiement.

L'inopposabilité pour défaut de publicité du paiement concerne le paiement du prix de vente d'un fonds de commerce. Si la vente n'a pas été publiée conformément aux indications de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 l'acquéreur qui aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers. Ceux-ci pourront invoquer l'inopposabilité du paiement.

L'inopposabilité pour non-respect d'une opposition recouvre deux hypothèses dans laquelle la loi permet à certains créanciers de former opposition au paiement du prix. L'opposition peut d'une part porter sur le paiement du prix de vente du fonds de commerce : si l'acquéreur passe outre, les créanciers opposants pourront ne pas tenir compte des paiements faits malgré leur opposition. D'une façon beaucoup plus générale, la loi permet d'autre part à tout créancier de saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur. Il s'agit de la saisie-arrêt, encore appelée opposition (1). Le créancier saisissant rend ainsi inefficace à son égard tout paiement effectué par le tiers au débiteur saisi.

36. — Inopposabilité et protection contre la fraude.

β - La protection contre la fraude introduite dans le paiement résulte de trois catégories d'inopposabilités. L'inopposabilité peut découler d'une opposition formulée par un créancier successoral contre le paiement par l'héritier ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire (2). L'inopposabilité pour fraude recouvre aussi l'inopposabilité de la période suspecte et l'inopposabilité résultant de l'action paulienne qui n'est ouverte contre les paiements que dans l'hypothèse de concert frauduleux.

Les divergences apparues en doctrine quant au fondement des inopposabilités de la période suspecte s'atténuent en ce qui concerne les inopposabilités concernant le paiement. Un tel paiement est en effet suspecté d'atteinte à l'égalité des créanciers, et donc de fraude (3). Deux textes de la loi du 13 juillet 1967 viennent réglementer cette inopposabilité. D'une part l'article 29 édicte

(1) Cf. titre septième du livre cinquième du Code de procédure civile : «Des saisies-arrêts ou oppositions», encore en vigueur.

(2) Bien que l'art. 808 C. civ. qui la réglemente ne le précise pas, c'est bien dans la fraude qu'il faut trouver le fondement de cette inopposabilité : D. BASTIAN : Thèse précitée, p. 147.

(3) M.J. REYMOND de GENTILE : *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Thèse, Paris, 1972, Sirey, 1973 (Bibl. de dr. com., t. 25), n° 44, p. 37 et n° 202, p. 135. — Adde : P. LESCOT : *Quelques aspects de la relativité des actes juridiques en droit privé positif*, J.C.P. 1962, I, 1682 (8 p.), spécialement n° 5.

une inopposabilité de droit en ce qui concerne les paiements anticipés et les paiements anormaux (1). D'autre part l'article 31 de cette même loi édicte une inopposabilité facultative en ce qui concerne les paiements faits à un accipiens connaissant l'état de cessation des paiements du solvens (2).

La fraude est donc latente dans ces deux hypothèses (3) : dans les inopposabilités de droit elle est présumée, et présumée de façon irréfragable (4) ; dans les inopposabilités facultatives l'intention frauduleuse découle de la mauvaise foi du créancier accipiens qui doit être nécessairement démontrée (5).

37. — Action paulienne contre les paiements. Hormis ces hypothèses, où le droit commercial vient protéger l'ensemble des créanciers en raison de la particularité de la situation du débiteur, le paiement n'est pas, par principe, susceptible d'être attaqué pour cause de fraude. C'est la raison pour laquelle on dit que l'action paulienne est irrecevable contre les paiements. Comme tout principe cette règle reçoit des atténuations ; ainsi en est-il dans l'hypothèse d'un concert frauduleux.

Lorsque le débiteur solvens et le créancier accipiens ont fomenté un concert frauduleux afin d'éteindre une créance au détriment et en fraude des droits des autres créanciers, la jurisprudence, et à sa suite certains auteurs, ouvrent au créancier lésé une action en inopposabilité (6). L'action de fraude n'existe pas,

(1) Art. 29-3° de la loi concernant les paiements anticipés et art. 29-4° concernant les paiements anormaux.

(2) Les articles 477 et 478 anciens C. com. sanctionnaient ces hypothèses d'une nullité. Cependant la Cour de cassation, approuvée en cela par une doctrine unanime, avait limité cette nullité de telle sorte qu'elle était devenue une inopposabilité. Cf. J. HEENEN : *Les nullités de la période suspecte dans les pays de la communauté économique européenne*. In Liber amicorum baron Louis Frédéricq, Gent, 1966, t. 1, pp. 557 et suiv., spécialement p. 568. — J. ARGENSION et G. TOUJAS : *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, 4^e ed°, Litec, 1973, n° 430, pp. 412 et 413. Le décret du 20 mai 1955 d'abord, la loi du 13 juillet 1967 ensuite, n'ont fait, en remplaçant nullité par inopposabilité, que mettre la lettre du texte en accord avec la pratique : cf. A. HONORAT : *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, Thèse, Alger, 1958, Paris, L.G.D.J., 1960, avec mise à jour au 30 juin 1959, n° 112, p. 121.

(3) Cf. cependant F. DERRIDA : Note au Dalloz 1975, J., pp. 279 et suiv. (sous Aix, 19 juillet 1974) spécialement n° 9, p. 280, qui, après avoir exposé la doctrine classique, la critique, et propose comme fondement des inopposabilités de la période suspecte la seule notion de rupture d'égalité entre les créanciers. Au demeurant cette critique repose sur une différence de degré dans la perversité de l'intention des parties au paiement, et non sur une véritable différence de nature du fondement des inopposabilités de la période suspecte.

(4) Cf. M.J. REYMOND de GENTILE : Thèse précitée : pour les paiements anticipés, n° 46, p. 38 ; pour les paiements anormaux, n° 66, pp. 47 et 48.

(5) M.J. REYMOND de GENTILE : Thèse précitée, n° 175, p. 115.

(6) Civ. 7 juillet 1896, D.P. 1896, 1, 519 — Req. 6 janvier 1913, D.P. 1914, 1, 40. — Civ. 17 juillet 1945, Gaz. Pal. 1945, 2, 143 ; S. 1946, 1, 14 ; Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 36, obs. H. et J. MAZEAUD. — Grenoble 19 juin 1891, D. 1892, 2, 198. — Angers 25 septembre 1961, J. Cl. civ. art. 1167, mise à jour, n° 61. — Trib. gr. inst. Lyon 12 juin 1969, D. 1970, Som., 6.

Et sur la datation en paiement : Civ. 7 juillet 1896, S. 1896, 1, 405. — Civ. 30 janvier 1900, D. 1900, 1, 166. — Req. 24 février 1941, J.C.P. 1942, II, 1918, note E. BECQUE.

en tant que telle, dans notre droit (1). Il faut qu'elle revête le manteau d'une action prévue par la loi. Or la seule action générale envisageable est l'action paulienne. Quelle que soit la sanction qu'entraîne l'action paulienne (2), son admission contre les paiements est très controversée (3).

Malgré la défense farouche de certains auteurs (4), la position qui s'oppose à la recevabilité de l'action paulienne contre les paiements a pour elle le nombre (5). L'argument principal de cette doctrine repose sur le caractère d'acte-dû que présente le paiement ; le débiteur étant obligé d'effectuer le paiement, il ne peut, dans son exécution, se glisser la moindre notion de fraude.

L'on ne peut cependant nier la réalité de la jurisprudence qui rend inopposable les paiements réalisés à la suite « d'un concert frauduleux dant le but de causer un préjudice illégitime aux autres créanciers » (6). Pour justifier cette solution tout en respectant le principe qu'ils ont posé de l'irrecevabilité de l'action paulienne contre les paiements, ses partisans ont recours soit à l'application de la théorie de l'abus de droit (7), soit plus généralement à la notion d'action en déclaration de simulation (8). Bien que, dans tous les cas, la sanction de ces paiements demeure une inopposabilité, le respect des termes clairs et nets employés par la Cour de cassation nous fait préférer le recours à l'action paulienne en raison de son fondement frauduleux.

Ainsi donc le paiement peut être déclaré inopposable à certaines personnes soit sur le fondement de la fraude, soit sur le fondement de la protection

(1) Cf. sur l'idée de cette action : G. MARTY et P. RAYNAUD, t. 2, vol. 1, n° 722, p. 741.

(2) Sur la sanction de l'acte frauduleux que permet l'action paulienne, les controverses et hésitations doctrinales sont nombreuses : sur les différentes solutions proposées : révocation, nullité, inopposabilité, indemnisation... Cf. G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, vol 1, n° 721, p. 740. — Adde : J. VIDAL : *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Thèse, Toulouse, 1957, Dalloz, 1957 (Préf. G. Marty) ; 2^e partie consacrée à « La sanction de la fraude », spécialement pp. 371 à 374.

(3) Cf. C. COLOMBET : *De la règle que l'action paulienne n'est pas recevable contre les paiements*, Rev. trim. dr. civ., 1965, pp. 5 et suiv.

(4) L. JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e ed° (1933), n° 684, 332 ; Note au D. 1925, 1, 146 sous Civ. 14 novembre 1922. — BINET : Note au Dalloz 1911, 2, 155.

(5) Cf. C. COLOMBET : Article précité, spécialement pp. 12 et suiv.

(6) Civ. 17 juillet 1945, précité et décisions subséquentes.

(7) C. AUBRY et C. RAU : t. 4, 6^e ed° par E. BARTIN, 1942, § 313, p. 209, texte et note 32, qui semblent généraliser l'action paulienne à tous les actes frauduleux du débiteur, mais demeurent restrictifs à l'égard du paiement.

(8) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed° n° 948, pp. 277 et 278. — H., L., J., MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed°, n° 985 p. 948. — C. COLOMBET : art. précité, pp. 13 et suiv.

du gage des créanciers (1). Le problème se pose donc de savoir si une telle inopposabilité va étendre ses effets jusqu'à la caution. Autrement dit l'inefficacité qui frappe le paiement supprime-t-elle l'extinction du cautionnement qu'il avait préalablement entraînée ?

2° Régime de l'inopposabilité du paiement

38. — **Régime général.** En principe l'acte inefficace à l'égard du tiers qui a demandé l'inopposabilité conserve cependant, inter partes, toute sa force et son efficacité (2). C'est là une des principales caractéristiques de l'inopposabilité : sanction mesurée quant à ses effets, elle ne rend l'acte inefficace qu'en tant que de besoin. Mais l'inopposabilité est aussi une sanction circonscrite quant aux personnes qu'elle touche. Elle a un effet essentiellement relatif et son domaine est limité aux personnes intéressées : seules les personnes ayant invoqué l'inopposabilité pourront considérer l'acte comme inexistant. Pour les parties et pour les tiers l'acte conservera toute son efficacité. Le paiement effectué par le débiteur conserve donc son effet libératoire ; extinctif de l'obligation principale, il doit l'être du cautionnement accessoire. D'ailleurs la caution, qui par hypothèse n'invoque pas l'inopposabilité, ne peut que se prévaloir de ce paiement (3).

Si tel est le principe, il faut cependant prendre en considération certaines des conséquences de l'inopposabilité. Or celles-ci varient en fonction du fondement qui a fait naître l'inopposabilité. Les inopposabilités qui ont pour but de protéger le créancier contre le déprissement de son gage remplissent leur fonction en faisant peser sur le solvens négligent une obligation de répétition du paiement inopposable. Ainsi l'acquéreur d'un fonds de commerce qui n'aura pas publié la vente ou qui n'aura pas respecté l'opposition à paiement devra répéter le paiement entre les mains des créanciers victimes de sa négligence ; de même le tiers saisi qui ne respecterait pas l'opposition faite entre ses mains doit répéter le paiement fait en dépit de cette opposition.

(1) Les inopposabilités qui n'atteignent le paiement que parce qu'elles rendent inefficaces le contrat générateur du paiement sont étrangères à notre propos : ainsi l'inopposabilité d'une donation portant atteinte à la réserve, qui vise non pas le paiement de l'obligation du donateur mais le contrat de donation lui-même ; ainsi l'inopposabilité des contrats conclus par un tiers avec un débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens : un tel contrat est inopposable à la masse, et les paiements qu'il entraîne également (cf. sur cette inopposabilité R. ROBLOT : *Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial* ; Mélanges VOIRIN, Paris, L.G.D.J., 1967, pp. 710 à 736, spécialement n° 33, p. 734).

(2) Cf. D. BASTIAN : *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse précitée, p. 337, § II « inter partes, tout se passera théoriquement comme s'il n'y avait pas d'inopposabilité ».

(3) D. BASTIAN (thèse précitée) note que le tiers qui invoque l'inopposabilité « pourra donc se prévaloir tantôt de l'acte clandestin, tantôt de l'inopposabilité » (p. 336 ; B). Si l'on reconnaît au tiers qui invoque l'inopposabilité la possibilité de se prévaloir de l'acte attaqué, il faut a fortiori accorder ce droit au tiers qui n'invoque même pas l'inopposabilité, en l'occurrence la caution.

Dans cette hypothèse, le créancier accipiens demeure totalement satisfait par le paiement fait malgré l'opposition et n'a donc aucun recours contre son débiteur. Le paiement l'ayant satisfait a, de la même façon, éteint le cautionnement et le créancier accipiens n'est titulaire d'aucun recours contre la caution.

39. — Régime spécial des inopposabilités pour fraude. La situation est cependant différente lorsque l'on aborde les inopposabilités qui puisent leur fondement dans la notion de fraude. Afin de remettre les parties en l'état antérieur au paiement frauduleux, il est nécessaire d'obliger le créancier accipiens à restituer la prestation qu'il a indûment perçue. Ainsi le bénéficiaire d'un paiement qui tombe en raison d'une inopposabilité de la période suspecte devra rendre au syndic du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens les sommes reçues. De même le créancier payé par l'héritier bénéficiaire malgré l'opposition des autres créanciers successoraux, ou encore le créancier complice d'un concert frauduleux, devront rendre aux créanciers ou poursuivants l'objet du paiement qu'ils ont obtenu.

Une telle restitution n'est pas sans effets à l'égard des parties au paiement. Le créancier accipiens qui a dû restituer le bien ou la somme ayant servi au paiement peut recourir contre le solvens.

Deux fondements sont proposés à ce recours : soit la notion de garantie que devrait le solvens, soit la notion de paiement pour autrui (1). Certains auteurs, prenant argument de la participation de l'accipiens à la fraude, sont partisans de refuser tout recours à l'accipiens ayant restitué à titre de sanction (2). Tous ne sont cependant pas de cet avis et nombreux sont les auteurs qui accordent un recours à l'accipiens ayant restitué (3).

La restitution, et le recours qu'elle entraîne, ont donc une influence certaine sur la situation des parties au paiement ; ont-elles la même influence à l'égard de la caution ?

40. — Application au cautionnement. Les rares décisions de jurisprudence ayant statué sur la possibilité d'un recours de l'accipiens contre la caution lorsque le paiement a été déclaré inopposable l'ont fait dans l'hypothèse d'une inopposabilité de la période suspecte. Ces décisions décrétèrent que le cautionnement devait être maintenu (4). Elles furent approuvées par nombre d'auteurs

(1) Cf. D. BASTIAN : Thèse précitée, pp. 193 et 194. — J. VIDAL : *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Thèse précitée, pp. 443 et 444.

(2) Cf. les auteurs cités note précédente.

(3) Cf. L. LAROMBIERE : *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, art. 1167, n° 58. — C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 25 (Traité des contrats..., t. 2), n° 270-271. — A. COLIN et H. CAPITANT : t. 2, 10^e ed° par L. JULLIOT de la MORANDIERE, n° 453-C, p. 330. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed° n° 964, p. 295.

(4) Civ. 23 octobre 1888, D.P. 1889, 1, 167 ; S. 1889, 1, 409. — Douai 7 juillet 1875, S. 1877, 2, 257 ; D.P. 1876, 2, 30. — Paris 17 juin 1903, J. Faillites 1904, 106.

qui reprirent les termes de cette solution (1). Différentes explications sont possibles.

Une première explication, soutenue par les auteurs approuvant cette ancienne jurisprudence, repose sur un raisonnement a contrario fondé sur l'article 2038 C. civ. Ce texte dispose que la caution est libérée définitivement par la dation en paiement acceptée par le créancier, même si le créancier vient à en être évincé. Il y a là incontestablement une disposition dont l'application doit être strictement réservée au cas prévu, celui de la dation en paiement. Tirant argument de ce domaine d'application restreint, les auteurs soutiennent que l'éviction d'un paiement pur et simple ne peut être soumise au même régime. L'article 2038 C. civ. libère la caution au cas d'éviction d'une dation en paiement, mais ce ne serait là qu'une exception au principe voulant que la caution reste tenue pour tous les autres cas d'éviction.

Cette tentative de justification ne peut être convaincante. D'une part l'éviction visée par l'article 2038 C. civ. est totalement différente de l'opposabilité ; d'autre part jamais le mécanisme de l'art. 2038 n'a été invoqué par les tribunaux ou les auteurs ayant jugé que le cautionnement éteint par le paiement déclaré inopposable ne revivait pas (2).

Une autre explication, plus générale, fait reposer le recours contre la caution sur la finalité de son engagement. Si le créancier a exigé une sûreté, c'est bien pour obvier aux conséquences d'un arria lors de l'exécution ; il apparaît logique que le recours contre la caution renaisse avec l'inefficacité du paiement.

Il faut bien relever la faiblesse de la justification, faiblesse qui est accusée par l'échec que la solution apporte à la règle de l'accessoire. Puisque l'acte

(1) F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, t. 28, 4^e ed° (1887), n°281 in fine p. 283. — L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed° (1895), n° 258, p. 290. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed° (1907), n° 1141, p. 599. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 7^e ed° par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE (1975), § 429, n° 238 in fine p. 354. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed° (1948), n° 141, p. 143. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed° (1954), n° 1547, pp. 998 et 999. — D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 1^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 242 et 243. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 20 et 21.

En droit commercial : J. ARGENSON et G. TOUJAS : *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, 4^e ed°, t. 1, 1973, n° 468 in fine et n° 481. — R. HOUIN : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., 1^e ed°, Vis FAILLITE - REGLEMENT JUDICIAIRE, n° 1332 et suiv. — C. LYON-CAEN et L. RENAULT : *Traité de droit commercial*, t. 7, 5^e ed° avec le concours de A. AMIAUD (1935), n° 365. — J. PERCEROU et M. DES-SERTEAUX : *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (Ancien traité des faillites, d'Edmond THALLER), 2^e ed° (1935), t. 1, n° 657.

(2) Orléans 30 août 1850, D. 1851, 2, 29. — Trib. civ. Bordeaux 20 janvier 1896, Journ. Faillites, 1896, p. 330. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2034, n° 21 in fine cite en ce sens Req. 9 avril 1822, *Dalloz*, *Jur. gen.* (répertoire de législation) V° CAUTIONNEMENT, n° 367 ; cet arrêt paraît cependant concerner uniquement une application à la caution de l'art. 1282 C. civ. posant présomption irréfutable de libération du débiteur lorsque le créancier lui a restitué volontairement le titre sous seing privé de son engagement.

déclaré inopposable conserve entre parties toute sa rigueur (1), le débiteur est libéré ; la caution devrait normalement bénéficier du même sort. Or il n'en est rien.

La seule explication plausible repose alors sur l'absence de caractère satisfactoire du paiement dont l'inopposabilité a entraîné une restitution. C'est en effet de la satisfaction du créancier que découle la libération du débiteur et de la caution. Or dans notre hypothèse cette satisfaction fait justement défaut ; c'est pourquoi les tribunaux ont intuitivement accordé un recours au créancier insatisfait tant contre le débiteur principal que contre la caution. Ce n'est plus tellement l'inopposabilité qui fait revivre le cautionnement mais bien la restitution du paiement et l'insatisfaction qu'elle engendre.

Les causes d'inefficacité du paiement ont donc sur le cautionnement des effets qui découlent non pas de leur nature juridique mais de leurs conséquences matérielles. La nullité, et l'inopposabilité ayant entraîné restitution du paiement, remettent toutes deux les parties en l'état antérieur au paiement ; elles font renaître l'insatisfaction du créancier (2). Dans cette hypothèse la caution ne peut être libérée, le paiement n'étant point extinctif.

Au contraire l'inopposabilité qui n'entraîne pas restitution du paiement laisse le créancier intégralement satisfait. Le débiteur et la caution demeurent libérés par un paiement qui reste un événement extinctif du cautionnement.

La satisfaction du créancier renforce ainsi son rôle de cause d'extinction du cautionnement. Le rôle primordial qu'elle tient dans le régime général de l'exécution ne se dément pas dans les régimes particuliers.

(1) Cf. D. BASTIAN : *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse précitée, p. 337. — Adde pour le droit commercial : J. ESCARRA : *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, N^{lle} ed^o (1952), n^o 1535, p. 1080. — R. HOUIN : *Cours de droit commercial*, 4^e année, 1970-1971, Paris, Les cours de droit, p. 216. — M.J. REYMOND de GENTILE : Thèse précitée n^o 200, p. 133. — F. DERRIDA : *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Paris, Defrénois, 1969, note 157, p. 98.

(2) Le fait que le créancier accipiens puisse produire dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens après qu'il ait restitué l'objet du paiement prouve bien que la dette principale revit. Cette dette est d'ailleurs officiellement constatée par l'ordonnance du juge-commissaire arrêtant l'état définitif des créances.

SECTION II

LES RÉGIMES PARTICULIERS D'EXECUTION

41. — **Plan.** L'exécution de l'obligation principale par délivrance de l'objet dû (1) apporte assurément au créancier la satisfaction qu'il pouvait espérer. Néanmoins la recherche d'une satisfaction maximale peut conduire les parties à aménager les conditions de l'exécution.

Cet aménagement consistera pour des parties en relations d'affaires continues à travailler en compte courant. Ce mécanisme simplificateur a sur le sort du cautionnement des répercussions sensibles (§ 1).

L'aménagement peut aussi être imposé, de facto ou de jure, lors même de l'exécution : la particularité de l'exécution proviendra d'un aménagement de ses modalités originelles (§ 2).

Paragraphe 1

L'EXECUTION PAR L'INTERMEDIAIRE D'UN COMPTE

42. — **Notion de compte.** La notion de compte entre parties à des relations d'affaires habituelles est d'étendue très large et de définition délicate. Né d'une convention entre correspondants en relations d'affaires, le compte a, en dehors de sa conception purement comptable, des applications en droit civil (2) et

(1) Sur l'assimilation de l'objet de l'obligation principale et de l'objet du contrat, cf. A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse, Montpellier, 1970 (dactyl.), n° 293 à 295, pp. 253 à 255. — J.F. OVERSTAKE : *Essai de classification des contrats spéciaux*, Thèse, Bordeaux, 1968, Paris, L.G.D.J., 1969 (Bibl. dr. privé, t. 91, préf. J. Brethe de la Gressaye), pp. 23 et suiv.

(2) A. CHAVANNE : *Essai sur la notion de compte en Droit civil*, Thèse, Lyon, 1947 ; — *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, V° COMPTE, 1^e ed° (1951), n° 2 à 4. — A. CHAVANNE et A. PONSARD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, V° COMPTE, 2^e ed° (1971), spécialement n° 5 à 12.

surtout en droit commercial (1). Le compte ainsi ouvert peut l'être entre deux particuliers ; il l'est plus souvent entre banquier et client (2).

L'utilité du compte réside dans la volonté de simplification des rapports pécuniaires liant les correspondants (3). Les parties sont convenues d'affecter leurs créances réciproques à un compte afin d'en faciliter le règlement. Le compte est donc, en premier lieu, un instrument de règlement de créances (4). Mais il n'est pas que cela. En sus des services qu'il implique, notamment dans le secteur bancaire, le compte remplit une fonction de garantie (5) soit que le solde du compte serve de garantie du solde d'un autre compte, soit qu'à l'intérieur même du compte la possibilité de réciprocité des remises constitue cette garantie, que certains préfèrent nommer « mécanisme de crédit » (6).

43. — Mécanisme du compte. Cette dualité des effets principaux du compte se répercute sur la distinction des parties du compte : le différé et le disponible. Le disponible, c'est le mécanisme de règlement, qui se concrétise en un solde provisoire. Le différé, c'est « l'ensemble des créances affectées au compte, mais dont le règlement est retardé, différé pour une cause juridique quelconque » (7).

Différé et disponible forment deux parties indissociables du compte, mais nettement distinctes. Alors que les créances inscrites au disponible subissent les effets de règlement du compte, celles qui n'entrent qu'au différé y sont en attente. Elles y jouent un rôle de garantie du solde provisoire du compte, sans subir la rigueur des effets du disponible. La division du compte en deux parties est entrée dans le droit positif (8), même si l'ensemble de la doctrine et la jurisprudence n'ont pas expressément recours sinon à son principe,

(1) J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : t. 2, 1966, n° 1216 bis, pp. 303 à 306.

(2) Cf. M. CABRILLAC : *Le règlement des créances de l'entreprise*, n° 84, pp. 67 et 68.

(3) M. VASSEUR et X. MARIN : *Banques et opérations de banques* de J. HAMEL, Paris, Sirey, t. 1 : Les comptes en banque, 1966, n° 1, p. 21.

(4) J. STOUFFLET : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 16 bis, n° 1 et suiv. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 2^e ed° (1975), n° 88, pp. 92 et 93. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, Paris, 1974, n° 282, pp. 352 et 355.

(5) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis : Le compte courant (1971), n° 8 et n° 60.

(6) R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Repr. dr. com., 2^e ed°, vis COMPTE COURANT, 1972, n° 63.

(7) M.Th. RIVES-LANGE : *Le différé du compte courant, partie distincte du disponible* J.C.P. 1965, I, 2289, n° 3. — Adde : sur la distinction du différé et du disponible dans le compte bancaire : J. STOUFFLET : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 16 bis, n° 132 à 134. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 100, pp. 106 à 108. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 355, p. 458. — Adde : sur la distinction dans le compte courant : J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 113 et suiv. — J.L. RIVES-LANGE : note au J.C.P. 1966, II, 14829 sous Douai, 10 décembre 1965.

(8) Cf. les auteurs cités note précédente.

du moins à son application ainsi systématisée. Pareille divergence existe encore quant aux effets propres aux différentes sortes de comptes bancaires.

Le compte courant est unanimement considéré comme entraînant, entre autres effets, un effet de règlement des créances qui y sont affectées. C'est d'ailleurs dans ce but que les parties l'ont créé. Cet effet de règlement consomme donc à la fois l'exécution et l'extinction des créances qui y entrent. Si le désaccord surgit à propos de la technique à retenir pour expliquer ce phénomène, l'unanimité se fait pour le constater.

44. — Compte de dépôt ; communauté de règles. Au contraire le compte de dépôt, encore appelé compte de chèques (1), divise la doctrine, d'abord quant aux critères de qualification à utiliser pour le distinguer du compte courant (2), ensuite et surtout quant à ses effets. Au regard du sort du cautionnement attaché à une créance portée en compte, la distinction entre les deux sortes de comptes n'a d'intérêt que si on leur accorde des effets différents. La détermination des effets de l'entrée en compte de dépôt est donc primordiale.

La théorie classique des comptes en banque ne fait du compte de dépôt qu'un simple cadre comptable destiné à enregistrer les opérations de dépôt et de retrait effectuées par le client. La convention de compte de dépôt n'a donc, par elle-même, aucun effet spécial sur le sort des créances inscrites au compte. En conséquence le cautionnement attaché à une des créances ne subit, pas plus que la créance elle-même, la moindre modification lors de l'entrée en compte. Dans cette optique l'entrée en compte de dépôt n'est pas un évènement extinctif.

Prenant le contrepied de cette analyse, la doctrine actuelle propose de considérer le compte de dépôt comme un mécanisme de règlement des créances, au même titre que les autres comptes (3). Certes des différences profondes subsistent entre le compte de dépôt et le compte courant, mais le principal effet de ces deux comptes reste néanmoins de faciliter, de simplifier le règlement des créances réciproques des correspondants (4).

(1) Cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com, 2^e ed°, V^{is} DEPOT et COMPTE EN BANQUE, 1974, n° 6. — Pour une définition et une nomenclature des différents éléments du dépôt : eod. op. n° 7 à 27.

(2) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 215, pp. 356 et suiv. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 152, p. 169. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 334, p. 427. — M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : op. cit. n° 68 à 71.

(3) R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 153, p. 170. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 338, p. 433. — M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : op. cit. n° 182 à 189. — Adde : pour une application de cette idée : la jurisprudence qui décidait que la créance de salaire entrée en compte de dépôt perdait son insaisissabilité (citée par C. GAVALDA et J. STOUFFLET : op. et loc. cit.) avant que la solution contraire ne soit imposée par la loi de finances du 20 décembre 1972.

(4) Cf. pour une assimilation très complète des deux sortes de compte : M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 222, p. 374.

Cette simplification est opérée par le jeu du mécanisme de règlement. La convention implique que les créances remises en compte se fondront dans le compte, «les deux comptes aboutissant... au même résultat : la création d'un solde au régime unitaire...» (1).

En conséquence la créance garantie par un cautionnement et qui est portée en compte, subira, quelle que soit la nature du compte, des modifications dont il est nécessaire de déterminer la teneur. En conséquence aussi, le solde du compte, qui constitue de plus en plus fréquemment une dette cautionnée, imprimera à l'extinction du cautionnement le particularisme de son régime.

Le sort du cautionnement et les règles de son extinction sont donc affectés par l'entrée en compte de la créance cautionnée (A) et par l'exécution en compte du solde débiteur cautionné (B).

A — L'exécution par entrée en compte d'une créance cautionnée

45. — Plans. Avant d'examiner les suites de l'entrée en compte, encore faut-il savoir quand et comment une créance garantie entre en compte. Une fois déterminée la notion d'entrée en compte (a), l'étude des conséquences de cette entrée en compte sur le cautionnement garantissant la créance inscrite pourra être abordée (b).

a) La notion d'entrée en compte

Les parties au contrat de compte ont donc voulu que leurs créances réciproques soient fusionnées en un compte pour en simplifier le règlement. Mais le domaine d'application de cette convention doit être précisé : s'agit-il de toutes leurs créances réciproques, ou simplement de certaines d'entre elles? Spécialement, quand et comment une créance garantie par un cautionnement est-elle soumise aux effets du compte ? C'est ce que nous étudierons à travers les modalités de l'entrée en compte d'une créance cautionnée (1°). Ensuite devront être définis les effets sur la créance principale de l'inscription en compte (2°).

(1) M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en Droit français*. Thèse, Montpellier, 1968, Paris, Sirey, 1969 (Bibl. dr. com. t. 19, préf. M. Cabrillac), n° 104 ; et encore n° 105 : «Le compte de dépôt est un compte courant au sens large, c'est-à-dire un compte où le règlement des créances s'effectue par novation».

1° *Les modalités de l'entrée en compte d'une créance cautionnée*

46. — Rejet de l'affectation automatique. En raison de la particularité que représente l'existence d'une sûreté, la créance cautionnée ne peut subir le même sort que la masse des créances ordinaires. Il ne peut donc être question pour elle d'une affectation automatique au compte.

La règle de l'affectation générale des créances au compte courant (1), qui n'existe d'ailleurs pas pour le compte de dépôt (2), ne reçoit pas application en cas de créance cautionnée. La situation de la créance cautionnée est ainsi la même au regard des deux comptes.

Les parties sont censées avoir voulu, dès la formation de la convention de compte courant, exclure du champ d'application de ce compte les créances qui confèrent au créancier une position renforcée. La raison de cette exclusion se trouve dans le risque de perte de la sûreté qu'entraîne l'inscription en compte. Certains auteurs considèrent que cette explication est fondée sur une interprétation divinatoire de la volonté des parties (3) mais l'acceptent tout de même. La logique de sa justification permet cependant d'y adhérer avec l'ensemble de la doctrine (4). La supériorité des droits que confère une créance garantie, spécialement par un cautionnement, interdit donc l'application à son égard de la règle d'affectation générale. Différents sorts peuvent alors être réservés à cette créance.

47. — Maintien de la créance garantie au différé. La créance qui ne peut entrer automatiquement *au disponible* du compte, quand bien même elle serait certaine, liquide et exigible, subit tout de même certains effets du compte dans la mesure où on doit la considérer comme entrée *au différé* (5). Elle y assumera un rôle de garantie du solde provisoire, mais ne sera l'objet d'aucune modification de ses éléments.

(1) R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., *VIS COMPTE COURANT*, 1^{er} ed°, n° 22 et suiv. — J. Du BOUETIEZ de KERORGUEN : *La généralité du compte courant*, Banque, 1955, pp. 276 et suiv. — M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 238, p. 401. — J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 69 et suiv. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2328, p. 286. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975) n° 123 et suiv., pp. 136 et suiv. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 372, pp. 480 et suiv.

(2) R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 154, pp. 170 et 171. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 337, pp. 430 et suiv.

(3) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 92 in fine. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 126, pp. 139 et 140, spécialement in fine p. 140.

(4) Aux auteurs cités à la note précédente adde : M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 238-3^o, pp. 403 et 404. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2328 in fine, p. 286. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 372-4^o, p. 482. — Et d'une façon générale, pour l'exclusion des créances garanties de l'entrée en compte, cf. A. CHAVANNE : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, V^o COMPTE, 1^{er} ed°, n° 9 ; A. CHAVANNE et A. PONSARD, *ibidem.*, 2^e ed°, n° 15.

(5) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 96.

Entrée dans le différé du compte, qui n'est pas un mécanisme de règlement mais seulement un mécanisme de garantie et d'attente (1), la créance cautionnée ne sera pas éteinte et le cautionnement continuera à lui est attaché. L'absence de modification est si nette que le créancier pourra, s'il le désire et en raison de la nature particulière de sa créance, la retirer du différé pour en poursuivre le recouvrement isolément (2).

Dans ces deux hypothèses, le cautionnement, pas plus que la créance principale, n'est éteint. En revanche si le créancier décide de faire entrer la créance cautionnée au disponible du compte, elle subira les effets de celui-ci dans toute leur rigueur.

2° Les effets de l'inscription en compte

48. — **Fusion des créances en un solde.** Le disponible du compte, sa partie la plus aisément visible et qui se concrétise en un solde provisoire, est analysé en un mécanisme de règlement. Les créances qui y sont affectées perdent donc leur originalité et sont agglomérées (3) ou encore fusionnées (4) en un solde qui est soumis à un régime unique. Le «mécanisme financier» qu'est le compte (5) a donc pour finalité de satisfaire le créancier par exécution et extinction de sa créance. L'accord total des analystes, quant au résultat de l'opération, cède dès que l'on aborde la nature juridique du mécanisme extinctif.

Les différentes théories peuvent être regroupées en deux écoles suivant la nature des solutions proposées. D'une part l'école classique qui tente de justifier l'effet extinctif en ayant recours à des procédés d'extinction prévus et réglementés par le Code civil. D'autre part l'école moderne qui, à la suite d'une jurisprudence récente, analyse l'effet du compte en un mécanisme d'extinction sui generis proche du paiement au sens large (6).

(1) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : op. cit. n° 127 et suiv.

(2) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : op. cit. n° 96 in fine. — Surtout cf. M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, Thèse précitée (n° 186 et suiv.), les développements consacrés à la contrepassation mais qui sont applicables aux créances munies de sûretés.

(3) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 256, p. 439.

(4) Cf. E. THALLER et J. PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Rousseau, t. 2, 8^e ed° (1931), n° 1658, p. 999 : «Les parties lient ensemble des créances et des dettes variées, elles les jettent dans le moule d'un nouveau contrat qui absorbe toutes les opérations ayant servi à l'alimenter». — Et encore n° 1662, p. 1002 : «Les opérations qui sont portées dans un compte courant perdent leur condition première : comme si elles étaient fondues dans un creuset elles viennent se combiner et former un contrat nouveau... A mesure qu'une créance entre dans le compte, elle se démarque, elle s'amalgame à un tout, elle disparaît, pour devenir un article de crédit et pour concourir au solde éventuel». — Cf. cependant sur le sens à donner à ces formules, la remarque de M. VASSEUR et X. MARIN in *Les comptes en banque*, note 1, p. 366, qui critiquent l'excès de l'image.

(5) G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2336, p. 290.

(6) Pour une étude exhaustive des différentes théories, cf. M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en Droit français*, Thèse précitée, n° 12 à 61, pp. 13 à 40.

49. — Explication classique de la fusion ; novation.

α -*L'école classique* regroupe les auteurs qui cherchent l'explication dans un mode d'extinction du droit civil tels que la novation ou la compensation.

1) *La novation* a la faveur de la majorité des auteurs classiques. La créance est novée en un article de compte et l'effet novatoire du compte courant est considéré comme la pierre angulaire de l'édifice juridique qu'est le compte courant. L'*animus novandi* découle de la volonté de passer en compte la créance et la novation est traduite par la transcription comptable de cette créance en un simple article de compte. Les effets de cette novation sont «les effets ordinaires qu'y attache le Code civil» (1). La créance est donc éteinte, et le cautionnement qui la garantissait disparaît avec elle. Il n'y a là qu'application logique des effets normaux de cette cause d'extinction.

La jurisprudence a pendant longtemps abondé en ce sens (2) mais a modifié sa solution à dater de 1955 (3). Malgré ce revirement, la solution classique, qui a pourtant fait l'objet de pertinentes critiques, conserve nombre d'adhésions (4). Certaines de ces critiques, antérieures même à 1955, avaient pour objet le choix de l'instrument technique d'extinction et voulaient remplacer la novation par la compensation.

50. — Compensation

2) *La compensation* est l'âme de la théorie présentée par P. ESMEIN (5), puis reprise dans différents ouvrages (6), qui envisage le compte courant

(1) R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., VI^s COMPTE COURANT, 1^e ed°, n° 119 ; 2^e ed°, n° 150.

(2) Req. 15 décembre 1897, S. 1899, 1, 393. — Civ. 25 avril 1910, S. 1913, 1, 265, note RAINCART. — Civ. 12 juin 1936, D.H. 1936, 411. — Com. 10 juin 1949, J.C.P. 1949, II, 5106, note H. CABRILLAC.

(3) Com. 25 janvier 1955 (cf. les références infra n° 51, note 2, p. 97).

(4) Cf. notamment : M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 247 et suiv., pp. 422 et suiv. — R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., 2^e ed° (1972), VI^s COMPTE COURANT, qui reprend et combat point par point l'artumentation développée par M.Th. RIVES-LANGE dans sa thèse *Le compte courant en Droit français*, précitée. — A. CHAVANNE et A. PONSARD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed°, V^o COMPTE, n° 23. — Pour une bibliographie complète, cf. M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 247, p. 422 et notes 1 et 6, citant, depuis le *Cours de droit commercial* de PARDESSUS (1814) jusqu'à l'ouvrage de J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, Paris, Dalloz, 4^e ed° (1963).

(5) *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, Rev. trim. dr. civil 1920, pp. 70 et suiv. et note au Sirey 1923, 1, 225.

(6) Notamment : R. PIRET : *Le compte courant*, Paris, Rousseau, 1932 et *Le recul du principe de l'indivisibilité dans son conflit avec le droit des tiers*, Rev. gen. dr. com. 1939, pp. 601 et suiv. — P. FARGEAUD : *Le contrat de compte courant*, Rec. gen. lois et jurispr. 1964, pp. 201 et suiv. et pp. 245 et suiv.

comme une succession de compensations légales. Les créances existant en compte et la créance y entrant s'éteignent réciproquement, à concurrence de la somme la plus faible.

Une telle théorie a pour principal inconvénient de ne pas suffisamment prendre en considération l'individualité, le particularisme de la notion de compte ; elle est, comme l'a si lapidairement noté RIPERT « très simple... et même trop en ce sens qu'elle supprime la convention de compte courant » (1). Il suffirait d'aligner face à face les créances réciproques pour que, sans que le besoin d'un compte se fasse sentir, la compensation les éteigne. Recourir à cette notion n'explique pas tout et surtout ni la transformation que subit la créance, ni son extinction en l'absence de remise en sens inverse, dans le compte de dépôt par exemple.

L'amendement que certains auteurs ont apporté à la théorie des compensations successives en la transformant en une seule et unique compensation globale, in futurum, lors de la clôture du compte (2) n'est pas suffisant pour expliquer les modifications subies par la créance lors de son entrée en compte (3).

Vouloir utiliser les méthodes du droit romain ne donne donc pas entière-ment satisfaction. Une constatation s'impose cependant : dans ces deux théories de l'école classique, la créance inscrite en compte s'éteint et elle entraîne l'extinction corrélatrice des sûretés qui la garantissaient. Le cautionnement attaché à une remise s'éteint donc lors de la passation en compte.

51. — Explication moderne de la fusion.

β- *Les tenants de l'école moderne*, s'ils ont justifié cette extinction différemment, en ont cependant conservé le principe. Ils s'appuient sur un arrêt de la section commerciale de la chambre civile de la Cour de cassation rendu

(1) G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2335, p. 289 in fine.

(2) R. HOUIN : note au J.C.P. 1943, II, 2157 sous Cass. 13 juillet 1942 — J. LAR-
GUIER : note au J.C.P. 1948, II, 4464 sous Rouen, 24 avril 1948. — Adde : J.P. APPRILL :
Le nantissement des créances et des comptes, in « Le gage commercial », Etudes de droit
commercial sous la direction de J. HAMEL, Dalloz, 1953, pp. 485 à 510, spécialement
p. 509. — Adde : pour une argumentation renouvelée en faveur du principe de la
compensation, qui jouerait à l'extinction du compte : R. BESNARDEAU : *L'évolution
de la notion de compensation en droit commercial*, Thèse, Paris, dactyl., 1963, n° 48 à
58, pp. 52 à 78 et n° 75 à 87, pp. 113 à 143.

(3) Cf. M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, Thèse précitée,
n° 39, p. 29. — Egalement C. LUCAS de LEYSSAC : *L'utilisation de la compensation
en droit commercial*, Thèse, Paris, 1973, Dactyl. : n° 221 et suiv., pp. 227 et suiv. et
spécialement n° 224, p. 281 et n° 233 p. 290, qui, au cours de son étude sur la compen-
sation, examine et rejette cette notion comme tentative d'explication du mécanisme de
réglement du compte en général.

le 25 janvier 1955 (1) qui a précisé que «la contrepassation équivaut à un paiement...».

Par une analyse très fine de cette expression et en l'étendant fort logiquement à la passation en compte, certains auteurs ont abouti à la qualification de «fusion des créances en un solde», mécanisme financier original de règlement très proche du paiement (2). Suivant en cela les considérations de RIPERT (3), ils considèrent que l'effet extinctif de l'entrée en compte est un mécanisme sui generis, qui ne peut qu'être rapproché d'un mode d'extinction traditionnel des créances et non intégralement assimilé à celui-ci. Il n'est pas un paiement, mais il en est proche (4) ; il est donc possible de l'étudier et d'en tirer des conséquences juridiques à l'aide des règles du paiement qui sont conciliables. Le recours à la novation ou à la compensation devient alors un artifice inutile dont il est préférable de se séparer. Les créances passées en compte s'éteignent par fusion en un solde qui emporte satisfaction du créancier. «La modification du solde au profit du créancier peut être considérée comme la cause efficiente de l'extinction de la créance primitive, de la même façon que dans le paiement ordinaire la prestation reçue est la cause de l'extinction de l'obligation» (5).

Analysée en termes de paiement, l'inscription en compte conserve l'effet extinctif de la créance principale que les autres théories lui reconnaissent aussi. La différence est, en ce qui concerne cet effet extinctif, minime ; mais ses conséquences à l'égard du cautionnement qui garantissait la créance entrée en compte méritent d'être étudiées en fonction de la position la plus récente.

(1) Bull. civ. 1955, III, p. 30 ; J.C.P. 1955, II, 8547 bis, note H. CABRILLAC ; S. 1957, p. 289, note M. MEURISSE ; D. 1957, p. 237, note P. NEEL ; Rev. trim. dr. com. 1955, p. 154, obs. R. HOUIN, p. 365, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC ; Banque 1955, p. 424, obs. J. PERCEROU et 1958, p. 706, obs. X. MARIN ; Rev. de la Banque (belge), 1955, p. 741, obs. P. de BEUS.

(2) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 141 à 146. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 137 et 138, pp. 147 à 149. — Adde : C. LUCAS de LEYSSAC : Thèse précitée in note 115, qui se rallie à ces conclusions (n° 224 in fine, p. 282). — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 376, pp. 487 et suiv. ne prennent pas catégoriquement parti ; tout en maintenant l'effet novatoire comme effet principal du compte courant, ils reconnaissent (p. 488 in fine) que «la créance novée... s'intègre, par une sorte de fusion, au compte», et placent au premier rang des conséquences de l'effet novatoire le «principe de l'assimilation de la remise en compte courant au paiement» (n° 377, p. 489). — Dans le même temps, M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en Droit français*, n° 223 à 242, pp. 127 à 137 fait une large place à la «fusion» sans abandonner totalement l'idée de novation.

(3) G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2336 et 2337, pp. 290 et 291.

(4) Comp. R. HOUIN : «Peu importe qu'une remise en compte ne soit pas un véritable paiement, car elle en produit au moins les effets» : obs. à la Rev. trim. dr. com., 1973, p. 876 (n° 4) in medio.

(5) M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en Droit français*, Thèse précitée, n° 233 in fine, p. 133.

a) **Les conséquences de l'entrée en compte de la créance garantie par un cautionnement**

52. — Les moments de l'entrée en compte. Le règlement est l'effet principal et unanimement reconnu au compte, mais il est limité à l'inscription de la créance en compte, c'est-à-dire à son entrée au disponible. Seule cette partie du compte, la plus aisément visible d'ailleurs, est susceptible d'avoir, sur les créances inscrites, un effet extinctif. Le différé du compte, mécanisme d'attente et de garantie, n'affecte les créances y inscrites que de façon atténuée.

Le sort du cautionnement n'est donc modifié que lors de la passation en compte, lors de l'entrée au disponible. L'entrée au disponible pendant le fonctionnement du compte est une situation fréquente (1°). Au surplus, en raison de la distinction entre le différé et le disponible, les effets du compte peuvent se faire sentir même après sa clôture. Le passage du différé au disponible pourra avoir lieu après la décision des parties de mettre fin à la convention de compte ; cette particularité, et surtout son influence sur le sort du cautionnement, nécessitent une attention spéciale (2°).

1° *L'entrée au disponible pendant le fonctionnement du compte*

53. — Effets de l'entrée au disponible. L'entrée au disponible du compte a sur la créance cautionnée un effet extinctif normal (α) dont la portée est adultérée par la faculté reconnue aux parties de reporter le cautionnement sur le solde (β).

α -*L'effet normal*

L'analyse de l'entrée en compte retenue nous a conduit à la considérer comme un équivalent du paiement. L'entrée en compte a ainsi, comme événement extinctif de la créance principale, les mêmes effets sur le cautionnement accessoire que le paiement lui-même : la chute du principal entraîne la disparition de l'accessoire. La caution est donc libérée.

Une telle conséquence a d'ailleurs été de tous temps reconnue par la doctrine, indépendamment de la qualification juridique employée pour définir le mécanisme extinctif de l'entrée en compte (1). La disparition des sûretés, et

(1) R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., Vis COMPTE COURANT, 1^e ed°, n° 126 et suiv. ; 2^e ed°, n° 159 et suiv. — M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 248 et suiv., p. 424 et la doctrine citée, note 4. — M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en Droit français*, Thèse précitée, n° 237, p. 134. — J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 151 et suiv. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2338, p. 291. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 137, p. 147. — M. de JUGLART et B. IPPOLITO : *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, 4^e vol. (1974), n° 1670, pp. 170 et 171. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 377, p. 489.

notamment du cautionnement, est même considérée comme « l'effet le plus important » de l'entrée en compte (1).

La jurisprudence ne s'est, elle non plus, jamais départie de sa conduite en cette matière, malgré, les évolutions qu'a subi sa qualification juridique de l'entrée en compte : quelle que soit la notion retenue, novation ou paiement, elle a toujours pour conséquence d'éteindre les sûretés attachées à la créance inscrite en compte (2).

54. — Identité des effets sur l'aval. La solution ne doit pas être différente en ce qui concerne l'aval. Cette sûreté, pour être matérialisée dans un titre spécial et subir les rigueurs du droit cambiaire, n'en reste pas moins soumise aux règles fondamentales du droit des obligations lorsqu'aucune règle spéciale ne vient y déroger (3). La règle de l'accessoire semble donc apte à jouer et à être invoquée par le donneur d'aval.

Cependant le texte de l'article 130 alinéa 8 du Code de commerce semblait interdire ce recours au droit commun en déclarant l'aval valable « alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme ». Interprétant les fondements de cette règle, la jurisprudence française ne l'applique qu'aux hypothèses de nullité et seulement lorsque le porteur ignorait le vice frappant son titre (4). L'exception de paiement n'entrant pas dans ce cadre, elle peut être utilement invoquée par le donneur d'aval. Peut-elle l'être dans toutes les hypothèses ?

Un auteur fait une distinction entre l'avaliseur du correspondant en compte et l'avaliseur d'un tiers à ce compte (5). L'avaliseur du remettant pourra exciper du paiement de l'effet dont le monant aura été porté en compte, comme pourrait le faire le remettant lui-même (6). En revanche l'avaliseur d'un coobligé tiers par rapport au compte ne pourrait pas invoquer un paiement effectué par l'intermédiaire d'un compte (7). Cette solution reposerait sur l'effet relatif des conventions qui interdirait à un tiers au compte de se prévaloir de son mécanisme extinctif.

(1) R. PERCEROU : op. et loc. cit. — G. RIPERT et R. ROBLOT : op. et loc. cit.

(2) Req. 19 décembre 1859, S. 1861, 1, 77. — Req. 15 décembre 1897, S. 1899, 1, 393. — Civ. 25 avril 1910, S. 1913, 1, 265, note G. BOURCART — Req. 29 juillet 1935, S. 1935, 1, 387. — Civ. 12 juin 1936, D.H. 1936, 411, Gaz. Pal. 1936, 2, 422. — Com. 10 juin 1949, J.C.P. 1949, II, 5106, note H. CABRILLAC ; Banque 1950, p. 638, obs. X. MARIN. — Et de nombreux arrêts de Cours d'appel.

(3) Cf. M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, Paris, Litec 1974, n° 33-A, pp. 111 et 112. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit commercial*, (Chèques et effets de commerce), Paris, P.U.F., 1978, n° 186, p. 204.

(4) Cf. M. CABRILLAC : op. cit. n° 35-A, pp. 119 à 121 et les références citées.

(5) B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse, Paris, 1953, L.G.D.J. 1954.

(6) B. GEISENBERGER : Thèse précitée, § 181, pp. 204 et 205.

(7) Ibidem. § 169, pp. 189 et 190. — Affirmation reprise par P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n° 195 in fine, p. 177.

Un tel raisonnement part d'une confusion quant au moment de l'entrée en compte. Pour son auteur, dans une opération entre le tireur et le banquier, correspondants en compte, l'effet émis au profit du banquier bénéficiaire entrerait en compte du chef du tireur. Affirmer ceci revient à négliger le fait que seul le créancier peut décider du sort de sa créance, l'inscrire en compte, la faire entrer au différé, ou la laisser en dehors du compte. Le créancier est en l'espèce le banquier ; lui seul est maître du sort du titre et l'entrée en compte n'aura lieu que lorsqu'il le décidera et l'effectuera par le recours à la contrepassation. Or la contrepassation vaut paiement (1) et l'avaliseur de l'effet de commerce pourra toujours opposer au banquier cette exception, quel que soit le débiteur qu'il garantit.

En d'autres termes, le simple fait de remettre à son correspondant en compte un effet de commerce ne fait pas entrer cet effet dans le compte. Aucune modification ne lui est donc apportée (2). Au contraire la contrepassation de l'effet payé constitue la véritable entrée en compte. Tous les effets de l'entrée en compte s'appliquent alors et l'aval s'éteint à l'égard du banquier payé (3).

La disparition par extinction du cautionnement garantissant la créance entrée en compte est donc un effet normal de cette entrée en compte. Elle en est même un effet obligatoire dans la mesure où il est impossible aux parties de convenir que la créance inscrite en compte conservera ses garanties (4). On doit donc interdire aux parties la possibilité de soustraire la créance et ses garanties à l'effet extinctif du règlement, sauf à considérer leur convention comme étant d'une autre nature qu'un compte. Ces conséquences graves de l'entrée en compte ont cependant été qualifiées de regrettables ou de fâcheuses par certains (5). Pour remédier à cet inconvénient, et à la suite de la jurisprudence, théoriciens et praticiens ont admis la principe de la faculté du report des sûretés sur le solde du compte.

(1) La contrepassation a les effets de toute inscription au disponible, donc l'effet de règlement (supra n° 51).

(2) Cf. J. BRUNELAT qui écrit : «Ce n'est pas l'effet lui-même qui rentre dans le compte, mais la créance née de la remise. La créance cambiaire reste intacte et le récepteur est en droit de poursuivre le tiré, le tireur - c'est-à-dire le remettant - et les endosseurs sous réserve des effets de la contrepassation» in : *La protection du banquier en cas de faillite du remettant du compte courant*, Thèse, Lille, 1963, Paris, Sirey, 1964 (Bibl. dr. com., t. 8, préf. M. Vasseur), n° 113, p. 140.

(3) Bien évidemment le tireur solvens pourra se retourner contre l'avaliseur du tiré. Mais il n'y a là qu'application normale des règles de la solidarité cambiaire et des recours qu'elle fait naître.

(4) Cf. J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 166 et l'arrêt cité : Lyon 30 janvier 1956, J.C.P. 1956, II, 9291. — Ces auteurs remarquent à juste titre qu'«il y a contradiction à inclure une créance dans un mécanisme de règlement et à ne pas vouloir qu'elle en subisse les effets, qu'elle soit réglée...» Adde dans le même sens : C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 379, p. 491.

(5) Cf. notamment R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., Vis COMPTE COURANT, 1^{er} ed°, n° 126 ; 2^e ed°, n° 159.

β - Le report du cautionnement sur le solde du compte

55. — **Régime général.** Une issue est réservée au créancier qui désire inscrire sa créance en compte tout en conservant le bénéfice de la sûreté dont elle est assortie : obtenir de la part des débiteurs un report de cette sûreté sur le solde du compte. Le droit cambiaire apporte en ce domaine quelques nuances (-2-) au droit commun du cautionnement (-1-).

1) La nature conventionnelle du compte le rendant malléable, les parties peuvent à leur gré exclure l'extinction de la sûreté attachée à la créance remise en compte. L'accord des intéressés est toutefois nécessaire, ce qui conduit, dans le cautionnement, à exiger que celui de la caution soit requis et obtenu (1). La jurisprudence est d'ailleurs en ce sens (2) et tend même à faciliter un tel report. La Cour de cassation a fort nettement reconnu, dans l'hypothèse du report d'un cautionnement, le pouvoir souverain du juge du fond « de décider, en se basant sur les faits et circonstances qu'il relève, ... que le cautionnement donné par un tiers subsiste... » (3). Le consentement à un tel report peut donc être tacite et il appartient au juge du fond d'en apprécier la réalité.

Bien entendu la somme garantie est celle de la créance entrée en compte ; même dans l'hypothèse d'un cautionnement illimité, il n'est pas question de faire supporter à la caution une aggravation de son engagement du seul fait d'un règlement par compte courant. Simplement elle reste tenue, dans les mêmes termes qu'avant l'entrée en compte, et pour un montant figé, cristallisé lors de cette entrée en compte. Son accord ne peut, surtout s'il est tacite, être compris qu'en ce sens : le terme de report est significatif de la justesse de cette interprétation. La solution est la même que le cautionnement ait été donné avant l'entrée en compte (4) ou en raison même de cette entrée en compte (5).

Le fondement de cette possibilité de report est trouvé, pour les auteurs retenant le règlement par novation, dans l'art. 1281 al. 3 C. civ. qui organise l'accession des cautions à la nouvelle créance (6). L'application totale de ce texte permettrait à la caution de s'opposer à l'entrée en compte de la créance garantie par son refus d'accepter le report si celui-ci avait été exigé par le créancier. Allant plus loin, les auteurs partisans d'un règlement par compensations successives rejettent l'idée d'un maintien de la sûreté antérieurement

(1) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 249, p. 426.

(2) Civ. 25 avril 1910, D.P., 1912, 1, 364. — Req. 15 juillet 1912, S. 1913, 1, 36. — Civ. 12 juin 1936, D.H., 1936, 411.

(3) Req. 15 juillet 1912, S. 1913, 1, 36.

(4) Req. 15 juillet 1912, précité.

(5) Rouen, 15 janvier 1931, Gaz. Pal. T.Q. 1930-1935, Vis Compte courant, n° 35.

(6) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 249, p. 426 in fine. — R. PERCEROU : op. cit. 1^{re} éd°, n° 128 ; 2^e éd°, n° 161. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 379, p. 491.

constituée. Pour eux, si la convention des parties peut évidemment permettre la garantie du solde à concurrence du montant de la créance, il s'agit de la constitution d'une nouvelle sûreté. Les exceptions antérieures à l'entrée en compte ne seraient donc plus opposables par la caution. Cette solution n'est cependant pas en accord avec les réalités pratiques. La jurisprudence parle de « maintien » des sûretés, et l'intention des parties n'est pas d'en constituer une nouvelle.

L'explication par l'utilisation des règles de la novation ne peut être satisfaisante si l'on abandonne le recours à cette notion dans le mécanisme du compte courant. La solution sur laquelle elle débouchait en matière de sûreté était cependant saine, en raison de la grande place faite au consentement des parties. L'analyse du compte en un mode d'extinction *sui generis* n'interdit pas le recours à des éléments de solution extérieurs à conditions qu'ils soient compatibles. Tel est bien le cas et l'on doit donc admettre la possibilité pour les parties de convenir d'un report sur le solde du cautionnement garantissant la créance inscrite en compte (1).

56. — Projets de réforme. Très différente était la solution adoptée par la Société d'études législatives dans son premier projet (2). A l'instar du Code de commerce allemand (3) et du Code civil italien (4), elle avait opté pour un report automatique des sûretés conventionnelles et légales sur le solde. Ce transfert était donc exclusif du consentement de la caution. Très critiquée, la position de la Société fut révisée (5), et, tout comme lors des travaux de la Commission de Réforme du Code de commerce (6), il fut admis que les garanties assortissant certaines créances les empêchaient d'entrer en compte. Seul le consentement des intéressés peut les y inclure et l'inscription entraîne aussitôt le report de la sûreté sur le solde - sauf précision contraire des parties.

Cette solution ménage tout autant les intérêts des créanciers que ceux de la caution, leur consentement étant obligatoire pour toute modification de leur situation. Elle renverse cependant le principe actuel qui entraîne l'extinction du cautionnement sauf réserve certaine (7) et se rapproche davantage de la solution retenue en matière cambiaire.

(1) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 167. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 137, p. 147.

(2) Bull. de la Soc. d'études législ. 1935, p. 316, article 7 du Projet.

(3) Article 356.

(4) Art. 1828, al. 1^{er}.

(5) Bull. 1940-1946, p. 228, art. 3 et 7 du Projet.

(6) Travaux de la C.R.C. Com., t. 4, p. 345, art. 2 et 8 du Projet.

(7) Cf. cependant G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2338 in fine, p. 291, qui estiment que le compte, instrument de crédit, repose sur la confiance et doit donc exclure toute possibilité de réserve de sûreté.

57. — Report de l'aval ; Clauses spéciales.

2) La spécificité du droit cambiaire autorise, en matière de contrepassation des effets de commerce impayés, des solutions originales dont les conséquences rebondissent jusqu'au droit de l'aval. Le problème fut posé en pratique à la suite de la décision de la Cour de cassation jugeant que la contrepassation équivalait à un paiement (1). En conséquence, le banquier escompteur d'un effet de commerce impayé qui contre passe la valeur escomptée se trouve payé : il doit donc restituer l'effet au remettant. Si cette contrepassation a lieu alors que le solde provisoire est débiteur, et quelques jours avant la cessation des paiements du remettant, le banquier est tout de même payé. Son sort est cependant critique puisqu'il perd, pour n'avoir pas su ou pu attendre quelques jours, le « privilège » exceptionnel qui lui est accordé en cas de contrepassation après cessation des paiements (2).

Voulant se protéger contre ces conséquences iniques d'une application logique des solutions retenues, la pratique bancaire, épaulée par la doctrine et certaines juridictions du fond, tenta de trouver des parades (3). D'ingénieuses théories furent échaffaudées pour que le report de garanties sur le solde soit automatique (4). Doctrine et jurisprudence les réfutèrent pour ne retenir qu'un report conventionnel.

Les parties à l'opération d'escompte se voient ainsi reconnaître la possibilité de stipuler, à quelque moment que ce soit (convention de compte courant, contrat d'escompte, convention spéciale), le report sur le solde des sûretés attachées à l'effet contrepassé (5). Les clauses les plus avantageuses assurent au banquier la conservation de l'effet soit à titre de créancier gagiste, soit à titre de propriétaire.

Ces clauses sont reconnues valables d'une façon générale, bien que certaines hésitations se soient fait jour en droit positif. Certains auteurs préfèrent limiter

(1) Com. 25 janvier 1955, précité, n° 51, p. 97.

(2) Cf. infra n° 60.

(3) Pour un exposé complet des différentes constructions proposées, cf. J.L. RIVES-LANGE : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Thèse, Montpellier, 1961, Paris, L.G.D.J., 1962 (Bibl. dr. privé, t. 32, préf. J. Becqué), n° 383 à 388, pp. 346 à 352. — J. BRUNELAT : *La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant*, Thèse, Lille, 1963, Paris, Sirey, 1964 (Bibl. dr. com., t. 8, préf. M. Vasseur), n° 167 à 183, pp. 198 à 214.

(4) Cf. en ce sens : R. PERCEROU : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., Vis COMPTE COURANT, n° 111 — P. NEEL : *Les droits du banquier qui a contrepassé des effets de commerce en compte courant*, Thèse, Paris, 1956 (dactyl.) ; et note au Dalloz 1957, p. 287, sous Com. 25 janvier 1955 et 19 décembre 1956.

(5) Sur l'étude détaillée de ces clauses cf. J.L. RIVES-LANGE : *La liberté des conventions et la contrepassation avant clôture du compte courant*, J.C.P. 1965, I, 1889 ; J. Cl. com. Annexes, Banque et Bourse, fasc. 35 (Escompte), n° 202 à 213. — M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 325 et 326, pp. 557 à 560. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 380 in fine, p. 494 et 495.

leur application à l'hypothèse de débit du solde lors de la contrepassation (1). De même ces clauses devraient être considérées comme inopposables au donneur d'aval qui aurait assorti sa garantie de conditions restrictives (clause «non à ordre», etc...) (2).

58. — Absence de consentement de l'avaliseur. Hors ces hypothèses particulières, de telles clauses sont parfaitement efficaces. Le banquier qui détient les effets contrepassés en vertu d'une semblable clause peut poursuivre les signataires du titre et notamment le donneur d'aval. Le montant de l'effet contrepassé s'étant incorporé, fondu, dans le solde, la garantie du donneur d'aval couvre donc, dans la limite du montant de l'effet, le solde du compte courant. Il y a bien report sur le solde de l'aval, et cela sans que l'accord de l'avaliseur soit requis.

Cette absence de consentement spécial au report ne saurait justifier une inopposabilité du report (3) ; en effet l'avaliste est censé, par la signature de l'effet de commerce, garantir l'acceptation et le paiement de l'effet envers tout porteur du titre. Il accepte par avance tout nouveau créancier. Tant que le report de sa garantie sur le solde n'aggrave pas son engagement il doit s'exécuter (4). Les clauses permettant au banquier de conserver l'effet contrepassé rapprochent donc la situation de l'avaliseur de celle qui est la sienne au cas d'entrée en compte de la créance garantie après clôture du compte.

2° L'entrée au disponible après la clôture du compte

59. — Fonctionnement en période de liquidation. Le compte étant une convention, il peut s'éteindre, comme tous les contrats, par l'accord des parties, le terme, l'épuisement de l'objet. Le compte doit être considéré comme un contrat conclu intuitu personæ (5) ; sa solidité est altérée par la prise en considération de la personne des parties. Toute modification de la situation juridique de l'un des correspondants est une cause de clôture de compte (6) ouvrant à chaque partie la possibilité d'y mettre fin (7).

(1) M. VASSEUR et X. MARIN : op. cit. n° 326, p. 559.

(2) Sur la validité de ces conditions, cf. P. LESCOT et R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, 1953, Paris, Rousseau, t. 1, n° 492, pp. 555 et 556.

(3) En sens contraire : Lyon 30 janvier 1956, J.C.P. 1956, II, 9291. — Aix, 15 juin 1961, Banque 1963, p. 201, obs. X. MARIN. — Douai, 10 décembre 1965, J.C.P. 1966, II, 14829, note J.L. RIVES-LANGE — Décisions critiquées par J.L. RIVES-LANGE : Chron. précitée, n° 22 et 23 et note précitée ; et M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, note 1, p. 559.

(4) Pour éviter que ce report ne nuise à l'avaliseur, il convient de l'autoriser à produire au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens du remettant garanti dans la mesure des sommes payées, la production du banquier étant réduite d'autant ; en ce sens J.L. RIVES-LANGE : Chron. précitée, n° 26.

(5) Cependant contra : M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, n° 365, p. 196.

(6) R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : op. cit. n° 103-b, pp. 115 et 116.

(7) J. STOUFFLET : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 16 bis, n° 159.

Depuis très longtemps la jurisprudence attache à la clôture du compte l'ouverture d'une période de liquidation (1). Durant cette période, les créances figurant au différé du compte et qui ne possédaient pas les qualités requises pour entrer au disponible, vont, par l'effet du temps, les acquérir. Ces créances vont donc être inscrites en compte après sa clôture. Cette entrée au disponible, soumise aux conditions de certitude, liquidité et exigibilité des créances, n'entraîne pas les mêmes effets qu'en période de fonctionnement normal.

Les créances accédant au disponible après clôture ne sont pas automatiquement payées. L'effet de règlement propre au compte a cessé avec sa clôture et seul le mécanisme de la compensation permet d'éteindre les remises ainsi effectuées (2). Ces solutions, dégagées par la jurisprudence à propos de la contrepassation en compte courant des effets de commerce escomptés et demeurés impayés à l'échéance, peuvent être généralisées à toutes les créances (3) car elles s'accordent avec les principes régissant la théorie des comptes.

En application de ces principes et des règles générales de la compensation, il faut distinguer deux situations. D'une part l'hypothèse dans laquelle le solde du compte est, après clôture, suffisamment créiteur pour absorber la somme contrepassée : la créance passée en compte est ainsi compensée, et donc éteinte. Le cautionnement disparaît, en application de la règle de l'accessoire.

D'autre part le cas où la clôture se produit alors que le solde du compte est débiteur. La passation au disponible d'une créance ne fait qu'accroître le solde déjà existant et ne peut entraîner compensation ; la créance n'est donc pas éteinte. Fréquente en cas de clôture pour cessation des paiements, cette situation a donné à la jurisprudence l'occasion d'émettre une solution controuvée qui mérite attention (4). Pour ce qui nous concerne, elle entraîne l'érection en principe du report sur le solde des garanties attachées à la créance entrée en compte (α), principe dont il faudra déterminer avec précision le domaine d'application (β).

α - Le principe du report des garanties sur le solde après clôture

60. — Cadre et contenu du principe. Maintes fois les tribunaux français ont eu à se pencher sur une situation bien particulière que la pérenité des usages bancaires et les réticences des syndics de faillite renouvelaient sans cesse.

(1) Cf. M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en Droit français*, Thèse précitée, n° 380, p. 204 et jurisprudence citée note 1, depuis Cass. 10 mars 1852, D.P. 1852, 1, 74. — J. FERRONIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed° (1975), n° 42, pp. 34 et 35. — Pour l'application de cette période de liquidation au compte de dépôt, cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., 2^e ed°, Vis DEPOT ET COMPTE EN BANQUE, n° 221 et 222.

(2) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 244, 247 s. — C. GAVALDA : *La contrepassation des effets de commerce après clôture du compte courant*, J.C.P. 1963, I, 1763, n° 14.

(3) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *op. cit.* n° 246.

(4) Cf. l'abondante doctrine suscitée par cette solution et recensée par M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, note 2, p. 506.

Le tableau des éléments importants de cette situation peut être rapidement dressé : un banquier et son client sont correspondants en compte courant ; le banquier escompte une lettre de change dont le client était bénéficiaire et inscrit au crédit du compte le montant de l'escompte. L'effet vient à échéance, mais est retourné impayé au banquier. Le client est déclaré en règlement judiciaire ou liquidation des biens, ce qui entraîne la clôture automatique et instantanée du compte courant. Le banquier contrepassa sa créance du montant de l'escompte, ce qui n'a pour effet, dans l'immense majorité des cas, que d'accroître le solde débiteur déjà existant.

Invoquant un usage créé de toutes pièces, le banquier désire alors d'une part produire dans la procédure de liquidation du passif de son client pour la totalité du solde, contrepassation comprise, mais d'autre part poursuivre en paiement les signataires du titre pour son entier montant, et ceci tant que le solde définitif du compte n'est pas intégralement payé.

Par un arrêt de principe en date du 10 novembre 1888 (1), la Cour de cassation fit droit à ces prétentions. Cette solution, jamais démentie depuis (2), est largement approuvée en doctrine. Ce principe du report automatique des sûretés personnelles sur le solde ôte donc à l'entrée en compte tout effet extinctif du cautionnement.

61. — Conséquences pour l'avaliseur. Deux graves conséquences de cette survie apparaissent. D'une part le banquier escompteur qui contrepassa n'est pas payé par cette opération puisque, par hypothèse, la compensation ne peut pas jouer. Il reste propriétaire des effets et peut ainsi poursuivre le donneur d'aval d'un signataire quelconque (3) comme celui du remettant (4). Le privilège du banquier s'accroît même du fait qu'il est autorisé à ne pas déduire de son

(1) S. 1889, 1, 159 ; D.P. 1889, 1, 409 ; Grands arrêts de la jurisprudence commerciale, (1^{er} ed°), n° 104, p. 371, obs. M. AZOULAI.

(2) Cf. l'abondante jurisprudence citée par M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, note 6, pp. 527 et 528 ; cf. plus spécialement Com. 25 mai 1965 qui reprend fermement le principe : D. 1965, 529, rapport F. MONGUILAN, J.C.P. 1966, II, 14477, note C. GAVALDA ; Banque 1965, 578, obs. X. MARIN.

(3) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 307, p. 527. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2358, p. 302. — J.L. RIVES-LANGE : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Thèse précitée, n° 364, p. 332. — J. BRUNELAT : *La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant* (thèse précitée, n° 131, p. 159).

(4) J. FERRONIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banques*, 5^e ed° (1975), n° 52, pp. 42 à 44, semblent contester cette possibilité au motif que la contrepassation épuise le recours contre le remettant et donc contre son avaliseur. En réalité la contrepassation n'a que l'apparence d'un recours et c'est son inefficacité et l'insatisfaction du créancier qui ouvrent droit à la poursuite de l'avaliseur (cf. en ce sens : J.L. RIVES-LANGE : thèse précitée, n° 365, p. 334 ; C. GAVALDA : *La contrepassation des effets de commerce après clôture du compte courant*, J.C.P. 1963, I, 1763, note 14).

recours les dividendes perçus (1) et que la garantie perdure jusqu'à complet paiement du solde (2).

D'autre part l'avaliseur solvens est privé de toute action récursoire tant que le solde du compte n'est pas intégralement payé. La règle découle d'une extension au coobligé in bonis de la théorie légale des coobligés prévue pour le cas de cessation des paiements (3). Sa rigueur qui n'est tempérée qu'au cas rarissime d'un excédent apparaissant dans le remboursement du banquier (4), a incité la Commission de réforme du Code de commerce à l'amender (5). Cette proposition, qui réduisait sensiblement les droits du banquier, n'a pas reçu d'écho favorable.

De même, la théorie qui préconise la non-application du report de la garantie sur le solde à l'encontre de l'avaliseur du remettant (6), si elle est plus ponctuelle que la précédente, n'en présente pas moins les mêmes inconvénients. Elle détruit l'unité de la solution jurisprudentielle et rend encore plus malaisées les tentatives de justification du principe du report des garanties sur le solde. Or c'est à travers et grâce à ces justifications que l'on peut délimiter le domaine d'application du principe.

β - Le domaine du report des garanties sur le solde après clôture

62. — Fondement du report. Cerner le domaine qu'il convient d'attribuer au report automatique des garanties sur le solde nécessite au préalable l'étude

(1) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 309, p. 532. — J. BRUNELAT : Thèse précitée, n° 132, 2° / p. 161. — J.L. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 35 (escompte), n° 227 in fine.

Il convient de préciser que dans l'hypothèse, fort rare en pratique, où l'effet contrepassé est partiellement payé par un solde créditeur en sens inverse, la créance du banquier contre l'avaliseur ne peut excéder le montant du solde devenu débiteur. La compensation partielle a partiellement éteint la créance du banquier. (En ce sens, mais pour des motifs différents : J.L. RIVES-LANGE, thèse précitée, note 2, p. 338). De même le banquier doit déduire de son recours les acomptes perçus avant la déclaration de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du remettant.

(2) Aux auteurs cités à la note précédente, adde plus spécialement J.L. RIVES-LANGE, thèse précitée, n° 370, pp. 337 et 338. En effet la créance contrepassée a perdu son individualité ; l'aval qui lui était attaché devient une garantie partielle du solde ; l'imputation des acomptes se faisant sur la partie non cautionnée de la dette, l'aval s'éteint en dernier.

(3) G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), n° 2997, in fine p. 672 — F. GORE : *Cours de droit commercial*, Licence 4^e année, Les cours de droit, Paris, 1971-1972, p. 464.

(4) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, note 1, p. 530. — J.L. RIVES-LANGE : Thèse précitée, note 3, p. 337.

(5) Le coobligé solvens pourrait produire à la liquidation du passif du remettant par réduction de la production du banquier (art. 16 al. 2 du projet ; Travaux, t. 4, n° 363). — Cf. l'étude détaillée de ce projet par J. BRUNELAT : Thèse précitée, n° 137 à 140, pp. 165 à 170.

(6) J.L. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 35 (Escompte), n° 230 in fine.

des justifications, des fondements que l'on peut accorder à ce principe (-1-). C'est grâce à l'application de ces fondements qu'il sera possible d'établir le sort réservé à la caution en cas d'entrée en compte de la créance cautionnée après clôture du compte (-2-).

1) *Les justifications proposées*

Critiquée par certains, avec plus ou moins d'ampleur et de virulence, la position jurisprudentielle est défendue par de nombreux auteurs (1). Les explications fournies sont multiples, diverses et souvent divergentes. Un seul point fait l'unanimité : la faveur, le privilège conféré par la jurisprudence au banquier, que toutes les thèses s'accordent à reconnaître. Cet avantage résulte de la combinaison de plusieurs règles : théories du compte courant, des coobligés, de la contrepassation des effets impayés....

Il n'en reste pas moins qu'il est possible de séparer leurs jeux respectifs : d'une part le report des garanties sur le solde ; d'autre part les avantages supplémentaires que la jurisprudence reconnaît au banquier et qui sont justifiés par ce principe du report des garanties sur le solde et par la théorie des coobligés (2). Il y a donc réaction en chaîne, et isoler la cause de ses conséquences devient très utile.

— Fondement du principe du report des garanties sur le solde après clôture.

Plusieurs fondements sont envisageables car les tribunaux procèdent par affirmations et «s'ingénient à chercher des manifestations de volonté» (3) pour asseoir le transfert des garanties sur le solde.

Une première explication de la conservation de la propriété des effets contrepassés repose sur le mécanisme du gage. Le banquier serait un créancier gagiste détenant les effets à titre de garantie du solde débiteur (4). Outre que cette solution revient à défavoriser le banquier qui contrepassa, elle n'explique pas les autres avantages et notamment la non-imputation des acomptes, que les tribunaux n'ont cessé de reconnaître au banquier.

Certains ont proposé de faire une grande place à la volonté présumée des parties telle qu'elle pourrait s'exercer dans le cadre du compte courant. Le compte fonctionne selon un mécanisme de règlement par fusion en un solde ; une fois clôturé, il faut admettre que l'effet de règlement est inhibé, interdit par les parties, mais que le phénomène de fusion se produit quand même.

(1) Cf. pour une bibliographie exhaustive : M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, note 2, p. 538.

(2) Cf. M. VASSEUR et X. MARIN : op. cit. n° 312 et suiv. pp. 538 et suiv.

(3) Cf. M. VASSEUR et X. MARIN : op. cit. n° 312, p. 539 in fine.

(4) Cf. pour une liste des partisans de cette théorie : M. VASSEUR et X. MARIN : op. cit. n° 311 et notes 1, 2 et 3, p. 535.

La créance n'étant pas payée subsiste avec ses garanties. Mais comme elle est insérée, amalgamée dans un solde, ses garanties couvrent le solde à concurrence du montant de la créance (1).

Malgré sa séduction indéniable, cette théorie n'emporte pas la conviction pour deux raisons. D'abord parce qu'elle veut maintenir en vie le phénomène de fusion en un solde indivisible alors que la flamme qui permet cette fusion (l'effet du règlement) est éteinte (2). Ensuite parce qu'elle n'explique pas le caractère automatique du report des sûretés personnelles sans que l'accord du garant soit obtenu.

63. — Justification dans une faveur prétorienne. Préférable nous apparaît donc l'explication qui ne voit dans cette jurisprudence prétorienne que le désir manifeste d'accorder au banquier une faveur insigne. Qualifier l'opération de «fiction de droit» (3) constitue l'aveu du recours par la jurisprudence à des artifices extra-juridiques. Que ceux-ci résident dans le désir de protéger l'un des piliers de l'ordre économique actuel ou dans la volonté de tenir compte des nécessités du crédit, il est nécessaire de reconnaître l'importance accordée à la satisfaction du créancier.

Certains n'hésitent pas à invoquer ainsi les nécessités du crédit pour étendre la faveur aux principaux pourvoyeurs de crédit amenés à procéder à des contrepassations : le banquier et le factor (4). La volonté délibérée des juges de satisfaire le banquier malgré l'inégalité qu'elle entraîne au préjudice des autres créanciers chirographaires (5) apparaît bien comme la seule justification possible du report des sûretés sur le solde.

— *Fondement des autres avantages accordés au banquier.*

64. — Etendue et raisons de ces avantages. Deux fondements se complètent pour expliquer le déséquilibre que la solution jurisprudentielle introduit dans

(1) J.L. RIVES-LANGE : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Thèse précitée, n° 364, pp. 332 et suiv. ; *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 35 (Escompte), n° 229. — J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis (Le compte courant), n° 249 et les auteurs cités. — C. GAVALDA : *La contrepassation des effets de commerce après clôture du compte courant*, J.C.P. 1963, I, 1763, n° 17 et 18 et les auteurs cités.

(2) Cf. d'ailleurs sur ce point : M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, n° 410 et suiv., p. 216 pour qui «les créances entrées en compte après clôture ne perdent pas leur individualité mais restent distinctes du solde».

(3) J. HAMEL : *Banque et opération de banque*, t. 1, Paris, 1943, n° 427, p. 662, repris par M. VASSEUR et X. MARIN : eod. op., 1966, n° 312, p. 538.

(4) M. J. REYMOND de GENTILE : *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Thèse, Paris, 1972, Sirey (Bibl. dr. com., t. 25, préf. G. Lagarde), 1973, n° 268, p. 174.

(5) Cf. M. VASSEUR : *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Thèse, Paris, 1947, ed° 1949, (préf. J. Hamel), p. 321. — J. BRUNELAT : Thèse précitée, n° 135 in fine, p. 164 et n° 137 in fine, pp. 165 et 166.

les rapports du banquier et de l'avaliseur.

Le premier fondement est le principe du report sur le solde des garanties. Le tenant pour acquis malgré la faiblesse de ses fondations, il est logique d'en tirer les conséquences. La garantie qu'accorde l'avaliseur pour un effet de commerce se trouve donc s'appliquer à un solde qui lui est, par hypothèse, supérieur ; il y a donc garantie partielle d'une créance. En ce cas, les acomptes perçus par le créancier en paiement de la créance s'imputent d'abord sur la partie non cautionnée de la dette. Ceci explique donc pourquoi le banquier peut poursuivre l'avaliseur en paiement du montant de l'effet tant que la totalité du solde n'est pas réglée. A ce point, la situation n'est pas trop préjudiciable à l'avaliseur qui s'était en toute hypothèse engagé à régler l'effet. Elle s'aggrave cependant lorsqu'on aborde les avantages supplémentaires.

Le deuxième fondement, la théorie des coobligés, rend plus inconfortable la position de l'avaliseur. Elle justifie d'une part la non-imputation totale des acomptes, et d'autre part la privation des recours de l'avaliseur. Le banquier peut en effet poursuivre l'avaliseur sans décompter les paiements partiels reçus, quand bien même ils «épongeraient» une partie du montant de l'effet, ceci par application de l'article 46 de la loi du 13 juillet 1967. L'avaliseur solvens ne peut agir en remboursement que lorsque le banquier est totalement désintéressé, en vertu de l'article 47 de la même loi. C'est donc en invoquant cette théorie, non d'ailleurs sans l'étendre considérablement (1), que l'on explique les conséquences les plus dommageables pour l'avaliseur. Faisant la force de la solution jurisprudentielle (2), la théorie des coobligés en trace aussi les limites.

2) *La délimitation du domaine d'application des avantages jurisprudentiels*

65. — Un compte, quel qu'il soit. Pour dégager les critères d'application, il convient de reprendre chaque élément de la solution jurisprudentielle et d'analyser son rôle afin d'en déterminer le caractère nécessaire. Les éléments intrinsèques du principe du report des garanties sur le solde seront rapidement examinés avant d'étudier le rôle des éléments extrinsèques : les justifications retenues.

Au premier rang des éléments intrinsèques se place le compte. Bien évidemment le report sur le solde nécessite pour avoir lieu l'existence d'un compte. Mais rien n'oblige à limiter son jeu au compte courant, bien que toutes les décisions connues aient été rendues à son propos. Puisque seule la fusion en un solde suffit, le report ne s'expliquant que par un artifice extérieur, tout

(1) Cf. pour une analyse critique de cette extension : M.Th. RIVES-LANGE : Thèse précitée, n° 415, p. 219.

(2) Cf. M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 313, p. 540 et p. 542.

compte entraînant la fusion de ses articles permet de faire jouer le principe (1). Le compte pris en considération doit, pour que joue la solution jurisprudentielle, être clôturé. Seule la paralysie de l'effet de règlement attaché au compte en fonctionnement permet à la créance inscrite de ne pas être éteinte.

66. — Une entrée en compte, quelle qu'elle soit. La cause de l'entrée en compte a toujours été, dans les espèces jugées, la contrepassation d'un effet impayé. Faut-il limiter le champ d'application du principe à cette hypothèse ? Nous ne le pensons pas, car même si la notion de contrepassation contient en elle un aspect de mesure de garantie, elle ne suffit pas à expliquer les avantages accordés au banquier. Il faut donc appliquer le principe à toute entrée au disponible après clôture d'une créance qui se trouvait auparavant au différé (2). Le jeu de la période de liquidation permettra ainsi au créancier de faire passer au disponible après clôture les créances qu'il conserverait au différé sans craindre de perdre les sûretés personnelles qui seront reportées sur le solde.

67. — Une créance cambiaire ? La nature de la créance inscrite en compte importe-t-elle ? L'hypothèse systématiquement rencontrée concerne une créance cambiaire. Or il est certain que le particularisme du droit cambiaire facilite et favorise un report automatique des sûretés sur le solde. Nous avons déjà vu qu'il permet de reporter l'aval sur le solde d'un compte en fonctionnement sans recueillir l'assentiment préalable de l'avaliseur (3). Les volontés du banquier et du remettant imposent leurs effets à l'avaliseur avant comme après la clôture du compte ; mais une telle exception ne peut reposer que sur le droit du change. Lorsqu'il ne trouve pas à s'appliquer, le principe du report des garanties sur le solde devra trouver une autre justification. Le recours aux éléments extrinsèques est alors nécessaire.

68. — Uniquement en faveur d'un banquier. Ces éléments extrinsèques sont au nombre de deux : d'une part la volonté de favoriser le banquier, qui, alliée à la gravité de la situation du remettant, permet de justifier la fiction du report des garanties sur le solde ; d'autre part la théorie des coobligés qui entraîne l'aggravation du sort des garants.

Le report des garanties sur le solde étant une faveur exceptionnelle qui n'est accordée qu'à certains pourvoyeurs de crédit suffisamment importants pour que leurs intérêts soient pris en considération, il convient tout d'abord de limiter

(1) Rappelons cependant que pour M.Th. RIVES-LANGE la clôture du compte, quel qu'il soit, entraîne la cessation automatique du phénomène de fusion, d'absorption dans le solde, et qu'en conséquence ce n'est que sur le résultat d'une addition dont l'homogénéité n'est que purement comptable et non juridique que les tribunaux font reporter les garanties.

(2) En ce sens, J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis (Le compte courant), n° 250 in fine.

(3) Cf. *supra* n° 57.

à cette catégorie la solution jurisprudentielle. Ainsi donc seuls les banquiers, auxquels il est possible d'associer les factors (1), bénéficieront du report sur le solde des garanties et de ses conséquences. Chacun trouvera dans cette solution son intérêt, même indirect : il est nécessaire que le banquier soit privilégié pour qu'il consente à ne pas rendre son crédit plus onéreux et plus difficile qu'il n'est. Or tout privilège passe nécessairement par le sacrifice de ceux qui n'en bénéficient pas, en l'occurrence les autres créanciers chirographaires.

69. — **Une clôture par cessation des paiements.** De l'élément résidant dans la gravité de la situation du remettant, et donc dans la menace pesant sur les chances du banquier d'entrer dans ses fonds, naît une limite importante concernant la cause de la clôture. Seule la clôture pour cause de règlement judiciaire ou de liquidation des biens doit permettre le report sur le solde des garanties attachées à la créance. Une clôture survenant alors que le remettant est à la tête de ses biens ne présente pour le banquier aucun danger particulier. Lui permettre d'augmenter les charges du donneur de garantie serait inique et injustifié. Il faut donc limiter au cas traité en jurisprudence le bénéfice accordé (2).

Certains auteurs prennent prétexte de quelques arrêts ayant statué en dehors de l'hypothèse de faillite pour étendre la solution à toutes les causes de clôture (3). Leur portée est en réalité limitée ; les uns ont statué dans l'hypothèse où la clôture n'avait précédé que de quelques jours la déclaration de faillite (4) : les recours contre les coobligés n'avaient été intentés que postérieurement à la déclaration de faillite ; il était logique de leur appliquer les règles prévues au cas de clôture par la déclaration de faillite. Le dernier arrêt, le plus net, avait statué sur une clôture en dehors de toute faillite, mais le banquier avait conservé les effets à titre de gage (5) : le report sur le solde était donc justifié par la clause donnant au banquier un droit particulier (6) et non par la clôture (7). Seule la clôture pour règlement judiciaire ou liquidation des biens permet donc le report automatique des sûretés sur le solde.

(1) Cf. M.J. REYMOND de GENTILE : Thèse précitée, n° 268, p. 174.

(2) En ce sens, C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 399, p. 526.

(3) J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 246.

(4) Civ. 7 août 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, 280. — Com. 29 avril 1954, Bull. civ. 1954, III, p. 110.

(5) Com. 14 avril 1959, Bull. civ. 1959, III, p. 132, n° 165 ; Banque 1959, p. 668, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1959, p. 943, obs. R. HOUIN.

(6) L'étude de cette clause a été menée supra n° 57 in fine.

(7) Sur l'importance à accorder aux différents motifs : cf. la controverse entre R. HOUIN, obs. précitées et C. GAVALDA : *La contrepassement des effets de commerce après clôture du compte courant*, J.C.P. 1963, I, 1763, n° 24, 2^e col.

70. — **Extension à toute créance garantie.** Ce même élément, tenant à la gravité de la situation du débiteur, conduit en contrepartie à étendre le bénéfice du report à toutes les créances, quelle que soit leur nature (cambiaire ou non) et à toutes les sûretés, tant réelles (1) que personnelles. Toute créance assortie d'un cautionnement, même simple, entraînera lors de son inscription après règlement judiciaire ou liquidation des biens le report automatique de la sûreté sur le solde.

Cette extension est dans la logique de la solution de la Cour de cassation. En dehors du cas de cessation des paiements, un tel report est impossible par principe. Seul le droit cambiaire justifie une exception pour le cas de l'aval ; la différence entre l'aval et le cautionnement s'accroît avec le recours au dernier élément extrinsèque : la théorie des coobligés.

71. — **Limites imposées par la théorie des coobligés.** La combinaison du report de la sûreté sur le solde et de la théorie des coobligés entraîne pour l'avaliseur deux conséquences préjudiciables : d'une part il doit l'intégralité du montant de l'effet, même si des acomptes ont été versés qui en payent une fraction ; d'autre part, sa production récursoire est interdite par principe (sauf le cas rarissime d'excédent). Nombreux sont les auteurs qui s'insurgent contre les conséquences inévitables de la solution de la Cour de cassation (2). Comme on ne peut nier la permanence de la jurisprudence qui l'admet, il ne reste comme solution que d'en déterminer le strict domaine d'application.

Liée à l'ouverture d'une procédure de liquidation collective du passif, la théorie des coobligés ne peut et ne doit pas être utilisée en dehors des cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens (3). Prévue à l'origine pour la seule hypothèse des faillites parallèles des divers coobligés, elle est étendue au cas où seul le remettant a cessé ses paiements. En revanche le règlement judiciaire ou la liquidation des biens du seul avaliseur ne saurait justifier le report sur le solde de son aval. Mais le banquier pourrait produire pour la totalité de la somme garantie, sans déduction des acomptes versés par le remettant in bonis (4).

Dans le cadre de la liquidation collective du passif, la théorie des coobligés déborde cependant le droit cambiaire. La notion de coobligé repose en effet sur l'existence d'une solidarité passive entre les différents débiteurs d'une dette.

(1) Cf. J.L. RIVES-LANGE : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Thèse précitée, note 1, p. 341.

(2) J.L. RIVES-LANGE : Thèse précitée, n° 376, p. 341. — J. BRUNELAT : Thèse précitée, n° 133, p. 162 et note 3, p. 163. — Et surtout M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, Thèse précitée, n° 414 à 417, pp. 218 à 221.

(3) Aux auteurs cités note précédente adde : M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 327, p. 561 — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed° (1973), 2358 in fine, p. 303 — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 285, p. 352 in principio.

(4) J.L. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fas. 35 (Escompte), n° 225.

Que ces débiteurs soient tenus à titre principal ou à titre accessoire n'a pas d'influence. En conséquence toute caution solidaire d'une créance inscrite au disponible après la clôture du compte pour règlement judiciaire ou liquidation des biens du remettant devra subir les effets redoutables de l'arbitraire jurisprudentiel. En revanche la caution ordinaire en sera exemptée. Sa garantie est bien reportée sur le solde du compte et le banquier pourra donc ne pas décompter les paiements partiels du solde insuffisants pour éteindre la dette cautionnée ; mais il devra déduire ceux qui «éponge» une partie de cette dette et surtout il sera dans l'obligation de diminuer sa production des sommes perçues de la caution. La caution simple pourra donc produire à proportion de ses paiements (1).

72. — **Résumé.** En résumé, il convient, pour appliquer le principe autorisant le report du cautionnement sur le solde après clôture (dégagé en 1888) de distinguer selon la nature du garant concerné. L'avaliseur, la caution solidaire et la caution simple ne subiront pas le même sort.

L'avaliseur sera soumis aux entières conséquences de la solution (report automatique de l'aval sur le solde, non-imputation de la totalité des acomptes et refus de production récursoire) chaque fois que l'effet avalisé sera inscrit (et pas seulement contrepassé) par un banquier ou un factor dans un compte quelconque après clôture (quelle qu'en soit la cause).

La caution solidaire ne sera logée à la même enseigne que lorsque la créance cautionnée sera inscrite par un banquier ou un factor dans un compte quelconque après clôture due à une déclaration de règlement judiciaire ou liquidation des biens.

La caution ordinaire ne sera pour sa part jamais réduite au même sort. Elle ne devra subir que le report automatique sur le solde et la non-imputation des seuls paiements insuffisants pour éteindre sa dette et seulement dans l'hypothèse d'une entrée en compte après clôture pour mise en règlement judiciaire ou liquidation des biens. Elle conservera toujours ses recours et le bénéfice de la déduction des acomptes susceptibles d'éteindre une partie de la dette cautionnée.

L'entrée en compte de la créance cautionnée soumet celle-ci et son cautionnement accessoire à des transformations plus ou moins radicales. Si l'entrée en compte reste par principe une cause d'extinction de la créance principale et du cautionnement accessoire, elle peut exceptionnellement être une cause d'extension de ce cautionnement. La spécificité du droit cambiaire d'une part, la particularité d'une jurisprudence relative à la cessation des paiements du débiteur d'autre part, font que la caution subit en certaines circonstances les conséquences nocives d'une convention de compte à laquelle elle n'est point partie.

(1) J.L. RIVES-LANGE : op. cit. n° 231 et suiv. et jurisprudence citée.

L'application au cautionnement de règles qui lui sont extérieures, puisque relevant des droit du compte, du change et des procédures de liquidation collective explique ces phénomènes. La recherche d'une satisfaction optimale du créancier a conduit les tribunaux à refouler les droits de la caution à l'extinction de son engagement.

Paradoxalement, lorsqu'il s'agit de régler l'extinction de la dette de la caution qui a garanti, bon gré, mal gré, le solde du compte courant, un renversement de tendances s'est fait jour.

B — L'exécution, par le fonctionnement ultérieur du compte, de la créance constituée par le solde débiteur cautionné

73. — **Aspects du problème.** Le solde d'un compte peut devenir une créance certaine, liquide et exigible : il est donc susceptible d'être garanti par un cautionnement. Doctrine (1) et jurisprudence (2) ont clairement posé son admission. Elles n'ont fait que suivre en cela une pratique très fournie qui se satisfait des avantages de la sûreté personnelle en matière de crédit par compte. Cette pratique créatrice mérite attention ; elle éclaire le régime de l'extinction du cautionnement du solde du compte(b) des multiples facettes de son contenu (a).

a) Les variétés de cautionnement du solde d'un compte

La pratique, notamment les banques et les établissements financiers, a très aisément recours au cautionnement lorsque le compte courant sert de support à des opérations de crédit. Plus généralement même, les banques françaises arrivent à requérir quasi-systématiquement le cautionnement des dirigeants de droit ou de fait des personnes morales clientes, ainsi que celui du conjoint du client. Le faible coût de cette sûreté, et sa grande plasticité, en font une garantie d'un maniement facile.

Le cautionnement présente aussi l'avantage d'être la seule sûreté que la situation de cessation des paiements du débiteur cautionné ne permet pas

(1) H. TORQUEBAU : *Les garanties en matière d'ouverture de crédit*, Thèse, Montpellier, 1930, p. 121. — M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, Thèse précitée, n° 316, p. 169. — M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 259, p. 442. — C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 36, (Garanties et sûretés en matière d'opérations de crédit... cautionnement), n° 77 et suiv.

(2) Cf. par exemple : Civ. 17 janvier 1849, D. 1849, 1, 49. — Com. 14 novembre 1966, D. 1967, 198.

de suspecter. En effet les actes des tiers ne sont pas visés par les articles 29 et suivants de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens. Le syndic ne peut donc pas demander la déclaration d'insolvabilité du cautionnement ou des garanties réelles fournies par des tiers pour sûreté des dettes du failli (1) alors que l'article 29 alinéa 2, 6^o permet d'obtenir celle des sûretés réelles constituées par le débiteur pour garantie d'une dette antérieure (et l'on sait à quelles difficultés cette règle a donné naissance en matière de compte courant). La sécurité que présente sur ce point le cautionnement n'est pas un mince avantage et justifie assurément une utilisation fréquente.

La tentation est grande d'en abuser et les services juridiques des établissements de crédit ont facilement recours à des formules très vagues et les plus larges possibles (2). Le cautionnement qui en résulte est donc illimité, tant en durée qu'en montant (3).

Le cautionnement pouvant garantir des dettes futures, il pourra donc couvrir le solde du compte. Encore faut-il que la garantie des dettes futures ait été visée à l'acte de cautionnement (4). L'absence de référence expresse à la garantie du solde ou des dettes à venir permettrait, sur la base de l'article

(1) A. WAHL : *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Sirey, 1922, n° 2210.

(2) La clause aux termes de laquelle la caution s'engage à garantir « toutes les dettes que le débiteur a ou pourrait avoir envers le créancier pour quelque raison que ce soit... et notamment par solde ou balance de compte courant » est presque devenue de style — Cf. pour des exemples similaires : C. GAVALDA et B. BOULOC : *Le financement des entreprises*, Paris, Dalloz, 1973 ; Cas n° 6 acte de cautionnement, pp. 34 et suiv., spécialement p. 36 in fine. — J. BURGARD : *Chronique : Le cautionnement personnel*, Revue « Le Management », juillet-août 1971, pp. 83 à 85, spécialement p. 84, paragraphe « étendue », col. centrale. — Adde sur le problème R. SAVATIER : Note au Dalloz 1962, pp. 770 à 772, spécialement p. 771, 1^{ère} col. in fine. Cf. aussi pour une application stricte de la formule dans toute son étendue : Com. 2 décembre 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 308, p. 255 (formule BNCI devenue BNP).

(3) Quelques auteurs affirment toutefois qu'un plafond est fréquemment stipulé au contrat de cautionnement (C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque, fasc 36, n° 119 ; P. SIMLER : Note au J.C.P. 1975, II, 18145 sous Com. 18 juin 1973, I, A, 2^o). Tout en reconnaissant la réalité de ces limitations, il faut en réduire la portée. La limitation, incluse dans le cautionnement souscrit par les dirigeants sociaux, est fixée si haut qu'elle demeure théorique (ainsi dans l'arrêt précité : Com. 18 juin 1973, le plafond était fixé à 200.000 F pour une petite S.A.R.L., soit bien plus que le découvert qui lui était consenti). La limitation incluse dans les cautionnements fournis par des personnes étrangères au débiteur garanti est plus efficace, mais ce type de cautionnement est plus rare.

(4) Cf. cependant Com. 8 mars 1971, D. 1972, 262, note D. CLAIROUIN-TOUCHARD ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 432, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVEST-LANGE qui admettent l'extension à des dettes futures sur la seule foi des termes, très généraux, du contrat bancaire de cautionnement.

2015 C. civ., de limiter le cautionnement aux dettes existant au jour de l'engagement (1). Le doute doit en effet bénéficier à «celui qui a contracté l'obligation» (2) et l'étendue du cautionnement doit être limitée à la stricte volonté, ainsi interprétée, des parties (3). Cette situation est cependant rare en pratique étant donné la généralité des clauses insérées dans les formulaires bancaires.

A cette source directe de cautionnement d'un solde s'ajoute la source indirecte que constitue le report sur le solde des garanties attachées à une créance entrant en compte. Ce report ne saurait entraîner une modification du cautionnement, ni en montant ni en durée. La caution n'est donc tenue que dans le maximum de la dette originaire et ne garantit que le solde provisoire au jour de l'entrée en compte.

De cette garantie se rapproche le cautionnement ponctuel d'un compte courant. Les banques y ont recours lorsque le débiteur aux abois ne peut fournir aucune garantie, ayant épuisé toutes les ressources de son crédit. La caution, mise en éveil par la situation du débiteur, n'accepte de s'engager que pour une opération ou une durée limitée, même si elle est effectuée par l'intermédiaire d'un compte courant. Plus fréquemment, elle ne consent à garantir le débit du compte que durant une certaine période, ou ne s'engage que pour un solde provisoire débiteur à telle date.

Ces trois formes de cautionnement du solde ont en commun de vivre une existence de durée différente de celle du solde. Le cautionnement indéterminé pourra être résilié unilatéralement ; le cautionnement à terme expirera avant le compte ; quant au cautionnement reporté sur le solde, il n'intègre pas la durée et se cristallise immédiatement.

C'est à travers cette autonomie de leur durée que les cautionnements du solde d'un compte courant offrent un régime spécifique d'extinction par exécution.

b) Le régime de l'extinction du cautionnement du solde d'un compte en fonctionnement.

74. — Influence du mécanisme du compte. La dette garantie par le cautionnement est la position débitrice que présente le solde à un certain moment.

(1) Com. 19 novembre 1962, Bull. civ. 1962, III, n° 462, p. 380 ; D. 1963, Som. 63. — Contra : Com. 8 mars 1971, précité note précédente.

(2) Art. 1162 C. civ.

(3) En ce sens : C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 36, n° 77.

Ce moment peut être la clôture du compte (1) : son exécution n'offre aucune originalité puisque la vie s'est retirée du compte pour laisser une dette figée qui pourra être réglée comme toute autre dette. Il ne nous retiendra donc pas.

Ce moment peut également être un instant quelconque de la vie du compte. Le solde provisoire dégagé à cet instant constituera la dette cautionnée. Cet aspect est beaucoup plus riche et fait surgir divers problèmes.

L'évènement qui bloquera le défilement des soldes provisoires est d'une double nature.

C'est d'une part l'entrée en compte d'une créance cautionnée. Le cautionnement qui est reporté sur le solde garantit le débit existant à l'instant de son report. La dette principale est ainsi fixée par le solde provisoire calculé immédiatement après l'entrée en compte.

L'évènement cristallisateur est d'autre part constitué par la fin du temps de validité d'un cautionnement garantissant un solde futur. Un tel cautionnement se dénoue par l'arrivée du terme ou par la résiliation. La caution reste alors débitrice du solde provisoire au jour de la dissolution de son engagement : ce phénomène s'explique par la coexistence de deux obligations, comme dans tous les cautionnements de dettes futures et éventuelles (2). D'abord *une obligation de couverture* qui nécessite une exécution prolongée dans le temps ; elle a notamment pour objet de déterminer les dettes garanties par la sûreté (3). Ensuite *une obligation de règlement* qui concerne le paiement des dettes apparues dans les conditions fixées par l'obligation de couverture.

L'exécution de l'obligation de règlement n'est possible que lorsque le solde provisoire garanti a été désigné par la dissolution de l'obligation de couverture. Le montant de la dette pécuniaire de la caution est donc insensible aux variations du compte avant la détermination du solde dû (1°).

En revanche, une fois que la dette principale a été déterminée, elle peut être exécutée par le débiteur principal. Le fonctionnement ultérieur du compte réalise parfois cette exécution (2°).

1° *Sort du cautionnement avant la détermination du solde dû*

75. — Argumentation des cautions et son rejet. Certaines cautions, arguant de l'existence de l'engagement avant même l'échéance du terme, demandaient

(1) Il en est ainsi dans trois hypothèses :

- Lorsque le cautionnement de durée illimitée n'est pas résilié avant la clôture du compte.

- Lorsque le cautionnement était au même terme que le compte (rarissime).

- Lorsque le cautionnement afférent à une créance précise a été reporté sur le solde définitif par le fait d'une entrée en compte après clôture du compte.

(2) Cf. infra n° 255 à 262. — La première application de cette règle a semble-t-il été faite par Trib. gr. inst. Blois, 22 octobre 1965, confirmé en appel par Orléans, 10 octobre 1966 ; Banque 1967, p. 48, obs. approbatrices X. MARIN.

(3) Cf. infra n° 260.

que les remises entrées en compte pendant ce temps soient prises en considération (1). Ainsi donc la dette cautionnée s'amenuiserait au fur et à mesure que des opérations portées au crédit viendraient l'éteindre par paiement.

Cette argumentation ingénieuse avait été soutenue par la caution d'un compte courant dont l'engagement avait été matérialisé dans l'aval d'un billet à ordre destiné à compenser le solde éventuellement débiteur du compte à l'échéance. La caution prétendait que les remises en compte survenues entre la signature et l'échéance du billet avaient éteint la créance constatée dans le billet. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait écarté ces prétentions (2).

Une telle solution est bonne (3). Son fondement traditionnel l'est moins. MMs VASSEUR et MARIN (4), tout comme MMs CABRILLAC et RIVES-LANGE (5), la font reposer sur l'application du principe de non-imputation des paiements. Que ce principe soit fondé sur la notion d'indivisibilité du compte courant (6) aujourd'hui abandonnée (7) ou qu'il découle de l'application du mécanisme de fusion des créances en un solde (8), il ne peut être utilement invoqué ici.

Selon ce principe de non-imputation, les remises nouvelles ne peuvent être spécialement imputées sur des remises en sens contraire, ou sur le solde provisoire antérieur ; elles viennent simplement s'agglomérer, se fondre en un nouveau solde. En conséquence les créances entrées en compte ne payent pas le solde antérieur, même s'il est en sens contraire ; elles ne peuvent donc éteindre la créance antérieure cautionnée. L'apparente logique de ce raisonnement ne doit pas induire en erreur ; la Cour de cassation l'écarte d'ailleurs lorsqu'il contrevient aux règles de l'exécution en compte. Ainsi la dette cautionnée

(1) Elles percevaient confusément l'existence de l'obligation de garantie mais en faisaient découler des conséquences ineptes.

(2) Com. 13 octobre 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 264, p. 231 ; Rev. trim. dr. com. 1971, p. 409, n° 6, obs. approuvées M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(3) Elle est depuis longtemps affirmée, sans plus de justification qu'un appel au bon sens ou au principe d'indivisibilité. Cf. A. MARGOT : *Le cautionnement du compte de crédit*, Dissertation, Lausanne, 1930, pp. 56 in fine et 65.

(4) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 260, p. 445 et n° 264, p. 448. « La jurisprudence a souvent invoqué la non-imputation des paiements pour justifier le maintien d'une sûreté garantissant le solde, alors que, au cours de son fonctionnement, la balance du compte est à certaines périodes devenue créditrice : les versements faits au crédit du compte ne s'étant pas imputés sur les sommes figurant au débit, il n'a pu se produire, avant la clôture du compte, aucune extinction de la dette garantie par la sûreté, et par conséquent de la sûreté elle-même ».

(5) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : Obs. précitées sous Com. 13 octobre 1970.

(6) M. VASSEUR et X. MARIN : op. et loc. cit.

(7) La réalité de cet abandon a été constatée en termes élogieux par les auteurs du rapport de la Cour de cassation (année 1973-1974) à propos de l'arrêt du 13 novembre 1973 rendu par la Chambre commerciale en matière de saisie-arrêt (Rapport, p. 42).

(8) R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 138, p. 148.

qui est figée par la prise en considération d'un certain solde provisoire est éteinte par les remises successives que le débiteur principal effectue postérieurement (1).

La justification de l'inefficacité des paiements antérieurs à l'expiration réside dans le mécanisme du cautionnement et non dans celui du compte. Avant l'expiration, l'obligation de règlement n'existe que si la dette principale est certaine, liquide et exigible. Le solde provisoire d'un compte ne remplissant pas ces conditions, l'obligation de règlement n'est pas formée ; elle n'est qu'éventuelle et ne parviendra à la vie que si, au jour dit, le solde provisoire du compte est en faveur du créancier (2). Le fonctionnement du compte est donc sans effet à son égard.

La situation est différente lorsqu'est survenue la cristallisation du cautionnement sur un solde provisoire précis.

2° *Sort du cautionnement après la détermination du solde dû*

76. — **Dégagement d'un solde provisoire de référence.** Lorsque l'évènement générateur de la disparition de l'obligation de couverture survient, la dette de règlement est aussitôt désignée : le cautionnement est cristallisé sur le solde provisoire à ce jour. Le même phénomène se produit lors du report sur le solde du cautionnement qui était attaché à une créance incluse dans le compte.

Ce solde provisoire n'est, au regard du compte en mouvement, qu'une brève pause. Le déroulement des opérations le fera aussitôt varier et son utilité pour le fonctionnement du compte disparaîtra dès son remplacement par le solde suivant.

Il n'aura plus alors d'existence que relativement au cautionnement. Il est isolé et constitue la dette garantie elle-même. Encore faut-il déterminer exactement le montant de cette dette. Une opération de liquidation s'impose donc (α). Une fois effectuée, il faut étudier l'évolution de la dette sous l'influence des règlements successifs dont elle fait l'objet (β).

α -*La liquidation de la dette dégagée à partir d'une position d'un compte courant* est nécessaire en raison de la structure dualiste du compte. Le solde provisoire n'est que la transcription comptable du disponible et n'enregistre

(1) Cf. infra n° 77 et 78.

(2) Dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation le 13 octobre 1970 (précitée note 3, p. 127) la créance avalisée était matérialisée dans un billet à ordre. Elle n'avait cependant, avant l'expiration, ni le caractère d'exigibilité, par hypothèse, ni même le caractère de certitude. La banque bénéficiaire se réservait en effet la possibilité de réclamer le paiement dans la seule mesure du débit du compte. Il s'agissait donc d'un effet de cautionnement dont le montant pouvait être supérieur à la créance. Seule la confiance en la banque permettait d'éviter en ce cas le risque de poursuite pour le tout. La situation est la même qu'en cas de remboursement partiel d'un crédit constaté dans un billet à ordre global, technique couramment pratiquée aujourd'hui ; en cas de non-paiement, l'établissement créateur n'utilise son titre que jusqu'à concurrence du solde impayé.

pas l'existence du différé. La période de liquidation a pour but de permettre aux éléments composant le différé d'acquiescer les qualités nécessaires à leur intégration dans le disponible (1). Elle s'apparente à celle qu'ouvre la clôture du compte (2) dont elle a les mêmes effets (3).

La dette de solde provisoire garantie au jour de l'expiration doit donc être augmentée de toutes les dettes en souffrance au différé à ce moment-là : dettes non certaines, non liquides, non exigibles, non fongibles, et notamment toutes les opérations en cours (chèques en circulation ; opérations de caisse non comptabilisées...) ; elle doit également être augmentée des contrepassations pour non-paiement d'effets escomptés avant l'expiration (4). La dette garantie doit en revanche être diminuée des créances du débiteur qui, bien qu'antérieures à l'expiration, ne parviennent à la fongibilité qu'ultérieurement.

Ainsi liquidée (5), la dette objet de cautionnement pourra être réglée.

77. — Evolution du solde provisoire.

β - *Le règlement de la dette* de solde de compte ne peut être exigé de la caution tant que le compte continue de fonctionner. La dette n'est pas encore exigible, pas plus à l'encontre du débiteur qu'à l'encontre de son garant (6).

S'appuyant sur cette réalité, auteurs et tribunaux déterminaient le règlement de la dette par une «arithmétique sommaire» (7), en comparant le solde provisoire cristallisé et le solde définitif. La caution devait garantir le débit du solde définitif à concurrence du solde provisoire (8). La rigueur de cette solution

(1) Sur les justifications de la période de liquidation dans l'hypothèse voisine de saisie-arrêt d'un compte, cf. J.L. RIVES-LANGE : *La saisissabilité du compte courant*, D. 1974, Chron., pp. 101 à 103 ; spécialement II, B, b, p. 103. — M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : Obs. à la Rev. trim. dr. com. 1974, pp. 136 à 138 sur Com. 13 novembre 1973 (spécialement pp. 137 in fine et 138) et pp. 563 à 565 sous Ord. Ref. Rouen, 21 mai 1974.

(2) Cf. sur cette liquidation à la clôture : R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed° (1975), n° 145 et 156, pp. 156 et 157.

(3) Cf. supra n° 59.

(4) Le germe de la créance du banquier est en effet antérieur à l'expiration ; elle bénéficie donc de la garantie couvrant les opérations nées avant la résiliation ou le terme, ou avant le report du cautionnement sur le solde.

(5) Nombre de formulaires bancaires précisent les modalités de cette liquidation. Ex. : formule Crédit Lyonnais (Caution personnelle et solidaire : n° 1(particuliers)10-65) p. 2 in pr. «Les sommes déterminées par le solde ou la balance subiront toutes modifications procédant d'opérations en cours qui ne seraient dénouées qu'ultérieurement». — De la même eau : formulaires BNP, WORMS.

(6) Cf. supra n° 20.

(7) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : Obs. à la Rev. trim. dr. com., 1973, p. 309 in fine (sous Com. 22 novembre 1972).

(8) M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 260, p. 445 et n° 264, p. 448. — M.Th. RIVES-LANGE : *Le compte courant en droit français*, Thèse précitée, n° 320, p. 171. — A. MARGOT : *Le cautionnement du compte de crédit*, Dissertation, Lausanne, 1930, pp. 56 et 65.

que la jurisprudence appliquait à toutes les sûretés (1) n'avait d'égale que la fermeté des commentaires doctrinaux (2). La pratique avait emboîté le pas et certaines clauses de formulaires bancaires en reprenaient les termes (3).

Cette appréhension syncrétique heurtait les principes fondamentaux du compte et de l'exécution des obligations. Si le solde provisoire n'est pas exigible, il est en revanche disponible, de l'accord même des parties (4). Lorsqu'il est créancier, le titulaire du compte peut en disposer par les moyens contractuellement organisés (chèque, virement, prélèvement automatique, retrait, domiciliation....) ; lorsqu'il est débiteur, il peut le combler, le payer par des remises en compte. La dette apparue fait ainsi l'objet de règlements internes autorisés par le mécanisme du compte.

La Cour de cassation, éclairée sur ces réalités pratiques, en intégra les données pour aménager le sort du cautionnement cristallisé sur un solde provisoire. Par un arrêt fort net du 22 novembre 1972 (5), dont la solution a été

(1) Cf. Req. 11 décembre 1848, D. 1848, 1, 234. — Civ. 17 janvier 1849, D. 1849, 1, 49. — Et spécialement pour le cautionnement : Orléans, 10 octobre 1966, Banque 1967, p. 48, obs. X. MARIN. — Lyon, 21 janvier 1971, Banque 1973, p. 503, obs. L.M. MARTIN, cassé par Com. 22 novembre 1972, Bull. civ., IV, n° 298, p. 279. — M. VASSEUR et X. MARIN citent Caen 12 mai 1965 (inédit) in *Les comptes en banque*, n° 264, note 5, p. 448. — C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 36, n° 126, citent Caen 11 mai 1965, Crédit Lyonnais contre Jarlat, inédit. — Trib. gr. inst. Blois, 22 octobre 1965, Banque 1967, p. 48, obs. X. MARIN confirmé en appel par Orléans, 10 octobre 1966, cité supra.

(2) Cf. plus particulièrement M. VASSEUR et X. MARIN : *Les comptes en banque*, n° 264, p. 448 : « La sûreté garantissant le solde d'un compte, tel qu'il est prévu à une date déterminée, continue à garantir le montant existant à cette date, alors même que, le compte ayant continué à fonctionner postérieurement, des variations se sont produites dans le compte entre la date fixée pour l'échéance de la clôture et la date de la clôture effective du compte ; les remises qui ont réduit le montant du solde, tel qu'il apparaissait à la date fixée pour le jeu de la sûreté, ne peuvent en effet être considérées comme des paiements qui s'imputeraient sur ce solde ».

(3) Par exemple, le formulaire de la Société Générale (formule 13/5/72). Clause 9° « La présente garantie subsisterait intégralement nonobstant tous versements du débiteur cautionné... » — Adde : les formulaires moins nets mais rattachés à la même inspiration de la B.N.P. ou de la banque WORMS qui n'ont égard qu'à la limite maximale que pose le solde provisoire de référence.

(4) Cf. R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed°, 1975, n° 112, pp. 125 à 127 et n° 139, pp. 149 à 151.

(5) Com. 22 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 298, p. 279 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 213, note D. MARTIN ; Banque 1973, p. 504, obs. L.M. MARTIN ; Rev. trim. dr. com. 1973, pp. 309 et 310, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; D. 1973, Inf. Rap. p. 2, V° Cautionnement.

confirmée en termes identiques (1), elle imposa au juge du fond de «rechercher... si le compte ayant continué de fonctionner, le débit du solde provisoire existant au jour de la révocation du cautionnement n'a pas été effacé par les remises subséquentes»... Le cautionnement peut donc être éteint par l'entrée en compte de créances émanant du débiteur cautionné et postérieures à ce que nous appellerons, brevitas causa, la cristallisation de l'engagement de la caution.

78. — Appréciation comptable de l'évolution du solde. Pour une saine application de cette solution, on doit considérer que seules les remises traduisant une créance née postérieurement à la cristallisation du cautionnement doivent être retenues ; un article de crédit qui ne serait que la traduction comptable d'une créance dont le principe est antérieur à cette cristallisation ne peut éteindre la dette cautionnée (2) (toutefois cette remise devra être prise en compte au titre de la période de liquidation)(3). Une analyse de chaque remise au crédit est donc nécessaire afin de déterminer sa nature et son origine.

Cette solution logique mais d'application délicate n'a pas été retenue par les décisions publiées ayant eu à appliquer le principe dégagé par le Cour de cassation. Les Cours d'appel (4) ont préféré ne tenir compte que du caractère créateur de la remise (5). Ainsi, toute entrée positive en compte est considérée comme un règlement pour peu qu'elle soit postérieure à la date de cristallisation (6).

(1) Com. 8 octobre 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 239, p. 195 ; D. 1974, Som., p. 143, V° Cautionnement ; Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 338 à 340, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; Chron. de droit bancaire de C. GAVALDA et J. STOUFFLET, J.C.P. 1976, I, 2801, n° 71. — Adde, sur renvoi de Com. 22 novembre 1972, Dijon 17 décembre 1974, Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 884 et 885, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Lyon, 1^{er} Ch. 8 juin 1976, D. 1977, I.R., p. 192, V^{is} Effets de commerce, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — V. également : Civ.1 26 janvier 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 47 (2), pp. 36 et 37 ; Gaz. Pal. 1977, I, Som., p. 148 ; D. 1977, Inf. Rap., 208 ; J.C.P. 1977, IV, p. 72. — Com. 15 mars 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 84, pp. 72-73 ; Rev. trim. dr. com. 1977, pp. 561-562, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Com. 3 avril 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 106, pp. 88-89 — Com. 30 mai 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 155, p. 133 ; D. 1978, Inf. Rap., p. 415, obs. M. VASSEUR.

(2) En ce sens : M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE, toutes observations précitées ; L.M. MARTIN, observations précitées.

(3) En effet la créance dont le principe est antérieur aurait diminué le solde débiteur si sa transcription avait eu lieu lors de sa naissance. Cette distinction entre les opérations de liquidation du solde garanti et l'extinction ultérieure de la dette qu'il matérialise a du être rappelée par la Cour de cassation : Civ.1 26 janvier 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 47 (2), pp. 36 et 37 ; Gaz. Pal. 1977, I, Som., p. 148 ; D. 1977, I.R., 208 ; J.C.P. 1977, IV, p. 72 ; Chron. dr. bancaire de C. GAVALDA et J. STOUFFLET, J.C.P. 1978, I, 2902, n° 91.

(4) Dijon, 17 décembre 1974, précité. — Reims, 8 juin 1976, J.C.P. 1977, IV, p. 42. — Lyon, 8 juin 1976, précité.

(5) Cette solution avait été insinuée par D. MARTIN : note à la Gaz. Pal. 1973, I, pp. 213 à 215, spécialement p. 314, 2^e col., sous Com. 22 novembre 1972.

(6) Sur les conséquences de cette solution à l'encontre du mécanisme du compte, cf. les obs. critiques de M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE sur l'arrêt.

Dans la recherche de la plus grande simplicité, il est encore possible de ne retenir que les variations du solde, toute position intermédiaire d'un débit inférieur au solde cristallisé traçant la ligne du maximum dû (1). L'on s'éloigne alors des principes retenus à bon escient pour régler l'exécution en compte de la dette de solde cautionné. Pas plus que pour la solution des Cours de Dijon et Reims, les contingences pratiques ne justifient une entorse à ces règles logiques.

La solution préférable au nom de la réalité comptable et de la révérence à l'égard de la volonté présumée des parties, peut donc être résumée ainsi : la cristallisation du cautionnement ouvre, dès sa survenance, une période de liquidation permettant de dégager le solde provisoire réel (et non le solde apparent) par inclusion du différé dans le disponible à la date retenue ; la somme ainsi dégagée sera éteinte par toutes les remises postérieures en sens inverse qui n'auront pas de cause antérieure ou d'affectation spéciale (2).

La prise en considération de chaque remise subséquente, de sa nature, de ses modalités juridiques, démontre à l'envie la brèche taillée par cette solution dans le principe de non-imputation des remises. Déjà écorné par les règles d'opposabilité des paiements pendant la période suspecte (3), ce principe semble être écarté chaque fois qu'il entre en contradiction avec les intérêts des tiers (créanciers dans la masse, cautions...). Ne devrait-on pas, en conséquence, en limiter le champ d'application aux rapports entre eux des correspondants qui ont décidé de simplifier leurs relations financières par le mécanisme du compte ? La jurisprudence semble, sans l'avouer, s'engager dans cette voie.

Le mécanisme du compte, et plus spécialement l'entrée en compte, ont donc sur le cautionnement les mêmes effets qu'un paiement pur et simple. La satisfaction identique qu'en retire le créancier conduit à une libération identique de la caution. Cela suffit, il n'est nul besoin d'un accord du créancier pour déclencher l'extinction de l'engagement. Les «éléments matériels de l'opération» de paiement prennent le pas sur ses «éléments psychologiques» (4). Le consentement du créancier donné une fois pour toutes lors de la conclusion du contrat et de l'organisation des modalités de son exécution n'a point besoin d'être renouvelé lorsque ces modalités sont respectées.

(1) Possibilité suggérée mais semble-t-il écartée par MMs R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed°, 1975, n° 151-1, p. 168.

(2) Sont dans ce cas, et doivent donc être écartées, les créances résultant d'une opération d'escompte postérieurement contrepassée (cf. obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE précitées p. 310 sous Com. 22 novembre 1972) ou encore le crédit dû à une remise de fin de mois spécialement affectée au paiement d'une échéance (cf. obs. L.M. MARTIN, précitées p. 506).

(3) Cf. J.L. et M.Th. RIVES-LANGE : *J. Cl. com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 17 bis, n° 171.

(4) Termes employés par le Doyen CARBONNIER : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1958, p. 273 sous Civ. 4 janvier 1958.

En revanche, l'accord du créancier peut devenir «la source de la libération du débiteur... si l'exécution n'était pas conforme au contenu de l'obligation» (1).

Paragraphe 2

L'EXECUTION PAR AMENAGEMENT DES MODALITES ORIGINELLES

79. — **Contenu de l'aménagement.** La satisfaction du créancier pouvant être aussi fuyante que le bonheur, elle oblige parfois pour être atteinte, à des accommodements. La prestation espérée ne sera plus atteinte, par hypothèse, mais son remplacement sauvegardera l'avantage que le contrat devait apporter. Entre la perte totale et les aléas de l'exécution forcée, le compromis offre ses propriétés satisfaites : *in medio stat virtus*.

Que l'aménagement soit recherché, consenti ou imposé, qu'ainsi la volonté participe ou non à la modification des modalités de l'engagement n'a pas d'influence du point de vue de l'extinction. La séparation entre la phase d'exécution et sa conséquence inéluctable qu'est l'extinction (2) impose au contraire de rechercher la satisfaction sous l'aménagement. Deux formes réglementées d'aménagement satisfaites de l'exécution de l'engagement originaire s'offrent alors aux parties : la dation au paiement, qui entraîne une satisfaction par équivalent (A) et la compensation, qui renforce la satisfaction tout en simplifiant son obtention (B).

A — Satisfaction aménagée par équivalent : la dation en paiement

80. — **Aspects multiples de la dation en paiement.** Si la contrainte juridique est étrangère à la réalisation d'une dation en paiement (art. 1243 C. civ.), la pression économique et psychologique que fait peser le risque d'inexécution est un moteur puissant de la dation en paiement. Aménagement imprévu de l'exécution, elle découle soit d'une sollicitation d'une partie (le débiteur qui est aux abois ou le créancier qui découvre dans le patrimoine de son partenaire

(1) N. CATALA : *La nature juridique du payement*, Thèse, Paris, 1960, L.G.D.J., 1961, n° 18, p. 61 *in fine*.

(2) Cf. *supra* n° 15.

un équivalent convoité), soit de l'exigence du créancier gagiste, placé en position dominante par la détention d'un bien sur lequel il se satisfera (1).

Les conditions de sa survenance, tout comme le contenu de son équivalent, ne concernent que l'aspect d'exécution dont nous avons vu qu'il n'a qu'un intérêt marginal pour nous. En revanche la satisfaction qu'entraîne ce paiement aménagé dégage en notre matière ses effets extinctifs avec une spécificité qui attire l'exégèse.

La dation en paiement, parce qu'elle est un acte liquidatif improvisé, parce qu'elle se substitue en cours de contrat à la prestation originellement choisie, présente de multiples faiblesses. Suspectée de fraude, offerte aux critiques des tiers et aux évictions, elle n'a point la solidité d'un paiement normal. Les aléas qui imprègnent ce paiement pathologique conduisent à s'interroger sur la réalité et la mesure de son effet extinctif (a). Le droit commun de l'effet extinctif et son application ainsi dégagés, une comparaison s'impose avec le droit spécial de la dation en paiement que l'art. 2038 C. civ. introduit dans le cadre du cautionnement et la pérennité de l'effet extinctif qu'il impose (b).

a) L'effet extinctif de la dation en paiement

81. — **Problème de qualification.** Que la dation en paiement soit un événement susceptible d'éteindre l'obligation sur laquelle elle porte n'est pas contesté. En revanche, l'explication de cet effet extinctif a soulevé de vives controverses autour de la nature juridique de la dation en paiement. La loi n'ayant rien prévu à ce sujet, ni même donné une définition de la dation en paiement (2), les auteurs en sont réduits à des supputations souvent divergentes.

Trois mécanismes sont invoqués pour justifier l'effet extinctif : la dation serait d'abord une vente de l'objet ou du service remplaçant la prestation originaire, vente suivie aussitôt d'une compensation entre la créance originaire et la créance née, en sens inverse, de la vente ; ensuite elle fut analysée en une novation par changement d'objet ; enfin elle est assimilée à une modalité de paiement dans laquelle le consentement du créancier permet à une prestation non conforme d'avoir les effets de la prestation originaire.

(1) Sur cette forme très particulière de dation en paiement que réalise le pacte comissoire valablement conclu après la constitution du gage, cf. D. LEOTY : *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique ?* Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 12 à 46, spécialement n° 27, pp. 30 à 33.

(2) La dation en paiement est souvent présentée comme la substitution d'une prestation en nature (chose ou objet) à une prestation en espèces (somme d'argent). Nous préférons retenir la conception la plus large de la dation en paiement, qui recouvre tout changement de prestation quelles que soient la nature de la prestation originaire et celle de la prestation nouvelle. En ce sens : A. BENABENT : note au J.C.P. 1974, II, 17876, n° 3, 2^e col. in fine (sous Ass. Plen. 22 avril 1974).

Rares sont les auteurs qui prennent catégoriquement parti et la majorité de la doctrine du XX^e siècle qualifie la dation en paiement d'institution originale, ou encore de notion mixte empruntant aux trois régimes évoqués (1). L'intérêt de la détermination de la nature juridique n'est pas purement spéculatif. Sur le seul plan de l'effet extinctif qui nous intéresse, la nature juridique retenue va avoir une influence sur la généralité de cet effet extinctif (1^o) comme sur sa fragilité (2^o).

1^o *La généralité de l'effet extinctif de la dation en paiement*

82. — **Analyses rejetées.** Suivant la conception adoptée de la dation en paiement, le moment où jouera son effet extinctif peut varier, de même que l'étendue de cette extinction.

En analysant la dation en paiement comme une vente suivie de compensation, on repousse l'effet extinctif au moment de la compensation. Celle-ci étant conventionnelle, elle peut avoir lieu même sans que les deux créances soient certaines, liquides et exigibles. Déterminer le moment auquel la compensation joue risque d'être impossible en dehors du cas d'exécution immédiate de la vente, sauf à se livrer à une analyse divinatoire de la volonté des parties. L'étendue de l'extinction est au contraire très nette : liée à la notion de compensation, l'extinction se produit jusqu'à concurrence de la plus faible des deux créances. La dation en paiement ainsi entendue peut donc n'être que partielle, ou à l'inverse rendre le créancier originaire débiteur d'une soulte.

Assimiler la dation en paiement à une novation par changement d'objet conduit à une solution opposée. Ce n'est plus la prestation qui est modifiée par les parties, c'est l'obligation elle-même. Un changement aussi radical ne peut qu'avoir des conséquences radicales. L'obligation originaire s'éteint donc à l'instant de la convention (par application des principes généraux de la novation) et pour le tout. Sauf stipulation expresse, le créancier de l'obligation novée perdra ses recours même si l'obligation nouvelle est d'une valeur inférieure à l'obligation ancienne, mais en sens inverse conservera tout surcroît de valeur.

Quant aux auteurs qui voient dans la dation en paiement une institution mixte, ils n'envisagent guère les questions du moment et de l'étendue de l'extinction. Partant du principe que le transfert de la propriété de la chose

(1) C. BEUDANT par G. LAGARDE : t. 8, 2^e ed^o, n^o 493 — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1255. — A. COLIN et H. CAPITANT : t. 2, 10^e ed^o par L. JULLIOT de la MORANDIERE n^o 985 p. 647 in fine — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n^o 1949, p. 694. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, vol. 1, n^o 590, p. 632 in principio. — A. WEILL : *Les obligations*, 1971, n^o 971, p. 914. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed^o, n^o 895, p. 886. — M. FOURNIER : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., V^{is} DATION EN PAIEMENT, 1^e ed^o (1952) et 2^e ed^o (1971), n^o 3. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, dactyl., n^o 122, p. 111.

donnée en paiement doit être immédiat (1), ils en concluent que la détermination du moment de l'extinction ne présente pas d'intérêt. Puisque la convention et son exécution ont lieu dans un trait de temps qu'il ne convient pas de calculer, c'est à cet instant que l'obligation payée s'éteint. Quant à l'étendue de l'extinction, elle semble être supposée totale ; le solvens est libéré, quand bien même la valeur acceptée en dation serait inférieure à la valeur originaire, mais il n'a aucun recours si elle lui est supérieure. Ceci doit être déduit de la possibilité reconnue aux parties de déroger à cette règle en prévoyant une soulte.

Ainsi est reprise, mais en des termes différents, la distinction faite en droit germanique entre la dation en paiement (Zahlungsstatt) et la dation en vue du paiement (Zahlungshalber) (2). Alors que la dation en paiement doit être exécutée immédiatement et a un effet extinctif instantané et total, la dation en vue du paiement peut être exécutée ultérieurement, mais n'éteint l'obligation qu'à concurrence de la satisfaction du créancier. En droit français, si la possibilité d'une dation en vue du paiement est reconnue (3), la notion n'est cependant pas qualifiée. Ce serait donc une convention innommée ; mais la dation en paiement n'en est-elle pas une puisque la loi ne la réglemente nulle part, n'en parlant que par périphrases (4) ? Pourtant les auteurs sont formels quant à la différence de nature entre les deux notions ; ils ne justifient cependant pas la raison de cette différence. Au contraire, certains (5) englobent dans la notion de dation en paiement toutes les conventions modifiant l'objet de l'obligation, que leur exécution soit immédiate ou retardée ; ils concluent alors à la qualification de novation.

83. — Analyse retenue. Pour notre part, nous préférons analyser la dation en paiement, entendue au sens le plus large, en une modalité de paiement nécessitant une convention préalable (6). La qualification de vente doit être écartée en raison de la faiblesse de ses appuis juridiques (7). La qualification de novation, plus souvent retenue, l'est pour des raisons trop fragiles et parfois erronées. Ses partisans invoquent d'abord l'article 2038 C. civ., relatif à la libération des cautions en cas d'acceptation par le créancier « d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale ». C'est invoquer une exception, dont on n'est même pas sûr qu'elle concerne exactement

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1250 in fine. — A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : t. 2, 10^e ed°, n° 988-A, p. 649. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 890, p. 884.

(2) Cf. P. ENGEL : *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchâtel, Ed. Ides et Calendes 1973, n° 167 et suiv., pp. 149 et suiv.

(3) Cf. les auteurs cités à la pénultième note.

(4) Art. 1595, 1701-2° et 2038 C. civ.

(5) A. BENABENT : Note au J.C.P. 1974, II, 17876, précitée.

(6) C'est également l'analyse retenue par D. LEOTY : art. précité, n° 5, p. 16 et n° 38-39, pp. 41 et 42.

(7) Cf. l'unanimité des auteurs cités, n° 81. — Adde spécialement A. BENABENT : note au J.C.P. 1974, II, 17876, précitée n° 5 à 7.

la dation en paiement, pour justifier un principe ; une saine logique juridique doit normalement conduire à la démarche inverse. Ils citent aussi un arrêt ancien (1) qui aurait retenu la qualification de novation ; si le terme est bien utilisé par la Cour de cassation, c'est pour désigner le mécanisme décrit par l'article 2038 C. civ., et non pour désigner la dation en paiement, dont nous verrons ultérieurement (2) qu'elle diffère. En revanche, et à l'encontre de l'analyse en une novation, on peut retenir d'une part l'inadéquation des effets de cette notion avec ceux de la dation en paiement (3), et d'autre part le silence de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation dans un arrêt récent où elle retient la qualification de dation en paiement (4).

Proche du paiement, la dation en paiement en diffère cependant sur un certain nombre de points. Le plus important est sans conteste la nécessité d'une convention préalable ; ceci fait donc perdre à la dation le caractère d'acte dû que revêt le paiement pur et simple, et la soumet donc au jeu de l'action paulienne. Surtout cette convention permet aux parties de modeler les effets de la dation à leur guise, sans être enfermées dans le carcan d'une novation ou d'une vente.

Le but recherché par les parties étant incontestablement le paiement, c'est à cette notion qu'il faut emprunter, dans leur silence, le maximum d'éléments et surtout, en ce qui nous concerne, l'effet extinctif. L'obligation principale, et par contrecoup le cautionnement qui la garantissait, seront donc éteints lors de l'exécution de la convention modifiant la prestation (et non l'obligation) ; de même cette extinction sera proportionnelle au montant de la nouvelle prestation. La convention n'a, en elle-même, aucun effet extinctif ; seule l'exécution et la satisfaction éteignent l'obligation (5). La généralité de l'effet extinctif est donc, en vertu de la règle de l'accessoire, certaine.

La dation en paiement est bien un événement extinctif tant de l'obligation principale que de son cautionnement. Mais l'effet extinctif, s'il est général, est dû à une opération différente du paiement pur et simple ; il est l'objet, à raison de cette différence, d'une plus grande fragilité.

(1) Civ. 23 octobre 1888, D.P. 1889, 1, 167.

(2) Cf. infra n° 90.

(3) Cf. H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed°, n° 892, p. 885.

(4) Ass. Plen. 22 avril 1974, D. 1974, J, p. 613, note F. DERRIDA ; J.C.P. 1974, II, 17876, note A. BENABENT.

(5) « La convention (qui confère à la prestation nouvelle l'effet extinctif de la prestation initialement prévue) modifie les conditions de l'exécution, elle n'est pas la source de la libération du débiteur. Ce n'est pas de la volonté des parties que découle l'extinction de l'obligation, mais, toujours, de l'exécution effective d'une prestation... La dation en paiement comporte donc, outre une convention, un paiement pur et simple ». (N. CATALA : *La nature juridique du payement*, Thèse, Paris, 1960, L.G.D.J., 1961, n° 107, pp. 180 in fine et 181).

2° *La fragilité de l'effet extinctif de la dation en paiement*

84. — **Les causes de fragilité et leurs effets.** La fragilité de l'effet extinctif est la conséquence de la plus grande facilité avec laquelle certaines personnes vont pouvoir obtenir l'inopposabilité ou la nullité de la dation en paiement, ou encore l'exécution, par le solvens, d'une obligation de garantie. Cette fragilité est générale, et s'applique à toutes les dations en paiement, lorsqu'elle trouve sa source dans la complexité de l'opération. Elle ne concerne que la dation d'un bien, corporel ou incorporel, lorsqu'elle découle du transfert des droits sur ce bien.

La complexité de l'opération de dation la rend suspecte aux yeux des tiers. L'accord entre les intérêts antagonistes du créancier et du débiteur ne présage en effet rien de bon, surtout pour les autres créanciers. La jurisprudence l'a bien compris qui admet sans difficulté l'action paulienne contre la dation en paiement (1) alors qu'elle la refuse contre le paiement pur et simple.

De la même façon la dation en paiement peut être déclarée inopposable à la masse des créanciers lorsqu'elle a été faite par un débiteur en état de cessation des paiements (2).

Lorsque la dation en paiement a pour conséquence de remplacer une prestation quelconque, le plus souvent le règlement d'une somme d'argent, par le transfert de la propriété d'un bien, la fragilité de l'opération résulte de ce transfert. Cette fragilité se traduit soit par la possibilité d'une action en nullité, soit par l'existence d'une obligation de garantie.

L'action en nullité peut avoir deux causes. D'une part elle peut être intentée par l'accipiens sur la base de l'article 1599 C. civ. pour nullité de la vente de la chose d'autrui. La doctrine reconnaît ce droit au créancier, soit qu'elle assimile la dation en paiement à une vente, soit qu'elle se contente d'emprunter au droit de la vente certains éléments qu'elle replace, sur un fondement d'équité, dans le régime de la dation en paiement. D'autre part la nullité peut provenir de l'action en rescision pour lésion en cas de dation d'un immeuble (3). Le solvens

(1) Req. 24 janvier 1900, D. 1900, 1, 207. — Req. 9 mai 1910, D. 1910, 1, 462 — Adde : N. CATALA : Thèse précitée, n° 194. — D. LEOTY : art. précité, n° 19 à 23, pp. 23 à 27.

(2) Sur le problème de savoir s'il s'agit d'une inopposabilité de droit, due au caractère « anormal » que revêtirait, par principe, la dation en paiement ou au contraire d'une inopposabilité facultative, cf. F. DERRIDA, note au Dalloz 1974, p. 613 sous Ass. Plén. 22 avril 1974 et spécialement n° 6, p. 615, 2^e col. (Adde : D. LEOTY : art. précité, n° 24 à 26, pp. 27 à 30). Sur le problème de savoir si la remise en paiement d'un objet, qui avait été décidée ab initio par les parties, dès la conclusion du contrat, est une dation en paiement, cf. J. HEMARD, note au Dalloz 1973, p. 320, sous Com. 10 juin 1972. La Cour de cassation a opté pour la qualification de dation en paiement. L'annotateur développe une critique serrée et justifiée de cette solution (spécialement p. 326, 1^e colonne).

(3) H., L., J. MAZEAUD et M. JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 899, p. 887. — J. HEMARD : note au Dalloz 1973, J, 325 sous Com. 20 juin 1972, précitée.

(débiteur ou caution) pourra l'intenter s'il est lésé de plus des sept douzièmes de la valeur de l'immeuble (1).

La nullité de la dation en paiement fait-elle revivre le cautionnement qui garantissait l'obligation primitive ? La réponse est affirmative, comme en matière de paiement pur et simple (2) tant pour la dation effectuée par la caution que pour celle effectuée par le débiteur. Une atténuation a toutefois été proposée pour l'hypothèse où la dation par le débiteur serait rescindée pour lésion : la nullité étant ici le fait du débiteur, ne devrait-on pas en tenir écart le contrat de cautionnement et maintenir la libération du garant ? Si une telle solution est favorable à la caution, elle entraîne cependant pour le créancier un dommage qu'aucun principe juridique ne permet de justifier ; elle doit donc être rejetée, sans préjudice évidemment d'une action en responsabilité que la caution pourra intenter contre son débiteur à raison de sa faute.

La dation en paiement d'un bien s'avère également affaiblie par les actions en garantie que le créancier accipiens peut intenter contre le débiteur solvens. L'action en garantie des vices cachés est accordée sans conteste par la doctrine (3) davantage sur la base d'une interprétation de la volonté présumée des parties à la dation que sur celle d'un rapprochement avec le droit de la vente. Que l'action rédhibitoire soit considérée comme une action en résolution (4) ou comme une action en exécution de certaines obligations spéciales (5), il semble que la caution doive presque toujours garantir les engagements du débiteur principal. Si l'action aboutit à une résolution de la dation, on retrouve une situation identique à celle de la nullité : l'anéantissement rétroactif de l'événement extinctif fait revivre l'obligation de la caution. Si l'action rédhibitoire, comme l'action estimatoire, fait simplement peser sur le solvens certaines obligations résolubles en argent, le cautionnement doit couvrir ces obligations s'il a été stipulé indéfini. En revanche un cautionnement limité à une certaine somme ne saurait être étendu au delà, en vertu de l'article 2015 C. civ.

Enfin et surtout la fragilité de la dation en paiement résulte des risques d'éviction qu'encourt le créancier. En acceptant un bien pour équivalent

(1) Civ. 4 juillet 1968, Bull. civ. 1968, III, n° 324, p. 249.

(2) Cf. supra n° 33.

(3) A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : t. 2, 10^e ed°, n° 988-B, p. 649. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1254. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, n° 899, p. 888 in principio. J. HEMARD : note précitée.

(4) F. LAURENT : *Principes de droit civil*, t. 24, n° 292 et 293. — L. GUILLOUARD : *Traité de la vente et de l'échange*, 3^e ed°, 1^{er} vol. (1902), n° 465. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 3, 4^e ed° (1974), 2^e vol., n° 987, p. 255.

(5) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. HAMEL : t. 10, 2^e ed°, n° 134. — Adde : sur la nature variable de l'action rédhibitoire : B. GROSS : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse, Nancy, 1962, L.G.D.J., 1963, n° 326 et suiv. pp. 307 et suiv.

d'un règlement, le créancier prend un risque qui devait être de réalisation fréquente puisque les rédacteurs du Code civil ont consacré un texte spécial, l'article 2038, à sa réglementation (1).

Ce texte dispose en effet que l'éviction que subirait le créancier ayant volontairement accepté en paiement «un immeuble ou un effet quelconque» ne pourrait faire revivre le cautionnement. S'il démontre, par a contrario, la possibilité d'attaquer la dation en paiement pour cause d'éviction (2), il limite les effets de l'action à la seule obligation principale. La dation en paiement a donc, en cette hypothèse, définitivement éteint le cautionnement ; la fragilité dont elle est affublée est spécifique à l'obligation principale et ne saurait concerner le cautionnement.

b) La pérennité de l'effet extinctif à l'égard du cautionnement : l'article 2038 du Code civil

85. — Recherches de structure. Ce texte qui maintient la libération de la caution même si le créancier vient à être évincé du bien accepté en paiement n'organise pas un mode d'extinction propre au cautionnement. Il est plutôt une exception au jeu du principe de l'accessoire, puisque le cautionnement, éteint avec l'obligation principale, ne renaîtra pas lorsque celle-ci ressuscitera (3).

Cette règle très originale dans notre droit doit être appréciée à travers ses fondements (1°) avant de délimiter son domaine (2°) et de poser enfin ses conditions d'application (3°).

1° Fondement de la règle de l'article 2038 du Code civil

86. — Fondements écartés. Suivant que l'on considère la règle de l'art. 2038 C. civ. comme l'application d'un principe général, ou au contraire comme une exception au droit commun, sa portée sera large ou réduite.

De nombreux auteurs font référence aux travaux préparatoires du Code civil pour affirmer que le législateur de 1804 avait considéré l'article 2038 C. civ.

(1) La dation d'un bien en lieu et place d'une somme d'argent était parfois même imposée à l'emprunteur : cf. la satire de MOLIERE (L'avare, acte 2, scène 1) où Cléante désirant emprunter de l'argent se voit prêter pour partie du total une série d'objets hétéroclites et sans intérêt.

(2) Cf. plus particulièrement pour une étude des fondements de l'action en garantie ouverte au créancier : A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : t. 2, 10^e ed°, n° 988-B, pp. 649 et 650 qui refuseraient cette action sur le fondement du droit romain, lui préférant une simple action en nullité pour disparition du paiement, mais qui accordent finalement l'action en garantie en raison de l'existence de l'article 2038 C. civ. et des nécessités de l'équité. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1254 et les auteurs cités note 3, p. 662.

(3) Cf. P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., V° CAUTIONNEMENT, 2^e ed°, n° 289.

comme une application à la caution de la règle plus générale de l'article 1281 al. 2 du même Code : «la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions»; en conséquence, ces cautions ne pourraient être poursuivies postérieurement à cette libération.

Que l'usage que l'on retire aujourd'hui des travaux préparatoires soit différent de celui du XIX^e siècle, que l'interprète doive retenir le sens logique de la règle et non celui que ses rédacteurs ont voulu lui donner (1), n'interdit cependant pas de rétablir la vérité historique. Seul CHABOT, dans son rapport au Tribunat, a fait mention d'une extinction par le mécanisme de la novation (2). En revanche le tribun LAHARY n'a eu recours, pour expliquer la règle de l'article 2038, qu'à l'impossibilité d'étendre le cautionnement au-delà de la «première obligation» (3) et le conseiller d'Etat TREILHARD s'en était tenu, dans l'exposé des motifs devant le Corps législatif, à une interprétation prudente du texte : l'extinction repose sur l'acceptation par le créancier de la chose, rien de plus (4).

Considérer, sur ces bases, la règle de l'article 2038 comme une application de la novation (5) semble bien superficiel, tout comme de trouver là un argument pour qualifier la dation en paiement de novation (6).

87. — Fondement proposé. S'écartant de cette voie, certains auteurs ont vu dans l'article 2038 l'application pure et simple de l'effet extinctif de la dation en paiement, sans le rattacher à la novation (7). A notre avis, il faut aller plus avant et considérer que l'article 2038, tout comme le bénéfice de subrogation accordé par l'article 2037 C. civ., est une faveur que la loi octroie à la caution. L'argument trouve chez POTHIER (8) une assise solide.

La justification de ce bénéfice réside dans l'impossibilité pour la caution de poursuivre le débiteur entre la dation en paiement et l'éviction. L'éviction

(1) Cf. le conseil du premier président de la Cour de cassation, Mr BALLOT-BEAUPRE : Le juge «ne doit pas s'attacher à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux...» (Discours prononcé lors du Centenaire du Code civil publié in *Le centenaire du Code civil 1804-1904* : Imprimerie Nationale 1904, ou E. DUCHEMIN, en annexe de la réédition du Livre du Centenaire du Code civil, 1969 (t. 2), pp. 23 à 36 ; spécialement p. 27. — Adde : R. SALEILLES : *Le Code civil et la méthode historique*, Livre du Centenaire précité, t. 1, pp. 95 à 129.

(2) LOCRE : *La législation de la France*, Paris, Teutel et Würtz 1828, t. 15, p. 349, n° 27. — P.A. FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq 1836, t. 15, p. 59, art. 2038.

(3) LOCRE : op. cit. p. 388, n° 30 ; FENET : op. cit. p. 87, art. 2038.

(4) LOCRE : op. cit. p. 330, n° 24 ; FENET : op. cit. p. 45, art. 2038.

(5) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, Paris, Pedone, 2^e ed°, 1895, n° 253, p. 286.

(6) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed° (1907), n° 1148 bis, p. 601.

(7) D. et A. DALLOZ : *Jur. gen.*, Paris 1847, V° Cautionnement, n° 364.

(8) *Oeuvres* t. 3, *Traité des obligations*, n° 406-4° ; qui fait lui-même référence à la jurisprudence et aux auteurs de l'ancien droit.

résultant d'une part de l'anormalité du paiement et d'autre part de l'acceptation parfois imprudente qu'en a faite le créancier, il convient d'éviter à la caution les désagréments d'une situation dont les particularités reposent sur l'activité des seuls débiteur et créancier (1).

Ce fondement s'adapte mieux à la règle de l'article 2038 C. civ. que les tentatives précédentes. En effet si l'on considérait que l'éviction annulait, anéantissait une novation, le cautionnement devait revivre ; si l'éviction ne faisait qu'entraîner la naissance d'une obligation de garantie, le cautionnement, à condition qu'il soit indéfini, devait la couvrir. Or la généralité des termes de l'article 2038 C. civ. interdit de telles interprétations. Le considérer comme accordant un bénéfice exceptionnel à la caution permet d'en respecter le sens. Cette qualification va cependant influencer fortement sur le domaine d'application de cette règle (2).

2° *Domaine d'application de la règle de l'article 2038 du Code civil*

88. — **Principes.** Interprétée comme une faveur, un bénéfice, la règle de l'article 2038 C. civ. doit donc être appliquée strictement, comme toute règle dérogatoire. Son domaine d'application en sera donc d'autant plus étroit, tant sur le plan objectif, en ce qui concerne les actes visés (α) que sur le plan subjectif, relativement aux personnes bénéficiaires (β).

α - Domaine d'application quant aux actes

L'étendue de ce domaine dépendra des actes de paiement (3) et des actes d'éviction (-2) retenus (-1-).

(1) En ce sens : P.A. SIGALAS : *Le cautionnement en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, n° 122, p. 112. — A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : op. cit. n° 1415, p. 902. — D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Repr. dr. civ., 1^{re} ed° (1951), V° CAUTIONNEMENT, n° 245. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Repr. dr. civ., 2^e ed° (1970), V° CAUTIONNEMENT, n° 294. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, fasc. art. 2034-2039 (1974), n° 27.

(2) Cf. P. JESTAZ : op. cit. n° 295.

(3) Il ne s'agit pas ici de l'étendue de l'effet extinctif, qui est évidemment à la mesure de la satisfaction du créancier. Un arrêt récent a tout de même dû le rappeler, et préciser en même temps que l'art. 2038 C. civ. libérerait définitivement la caution à proportion du paiement effectué par la dation : Civ. 27 février 1973, Bull. civ. 1973, I, n° 73, p. 69 ; D. 1973, Inf. Rap. p. 92 ; J.C.P. 1973, IV, p. 142 ; Gaz. Pal. 1973, I, Som., p. 49. — Adde : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL (t. 24, n° 1148, p. 601, note 3) et P. SIMLER (op. cit. n° 35) qui citent : Bordeaux 27 février 1906, Le Droit 1906, p. 849.

1) *Les actes de paiement retenus*

89. — **Paiement par un aliud.** Le bénéfice est réservé au cas où le créancier accepte en paiement autre chose que ce qui lui est dû. Même si ceci ne ressort pas de la lettre du texte, l'esprit de la règle l'impose. Ainsi la jurisprudence a depuis longtemps considéré, à juste titre, que le paiement d'une dette principale pécuniaire effectué par la signature d'effet de commerce (1) n'était pas susceptible d'entraîner l'application de l'article 2038 (2).

De cette interprétation, il faut donc déduire l'impossibilité d'invoquer le bénéfice de l'article 2038 C. civ. lorsque l'éviction concerne le paiement pur et simple d'un objet prévu au contrat (3). La caution avait bien garanti l'obligation telle qu'elle fut payée et la disparition du paiement (ou l'apparition d'une obligation garantie) du fait de l'éviction fait revivre (ou appliquer) le cautionnement. Rien ne justifierait l'extinction du cautionnement dans cette hypothèse (4).

90. — **Différences d'avec la dation en paiement lato sensu.** Il ne faut cependant pas en conclure que l'article 2038 C. civ., inapplicable en cas de paiement, l'est systématiquement en cas de dation en paiement. Malgré la tradition doctrinale qui veut que l'article 2038 soit rattaché à la dation en paiement, il y a entre les deux notions plus qu'un hiatus. Il apparaît à l'analyse que le domaine et les effets du bénéfice de l'article 2038 sont différents de ceux de la dation en paiement.

Le domaine de l'article 2038 C. civ. doit être limité aux seules hypothèses prévues par le texte, et c'est pourquoi il ne recouvre pas tous les cas de dation en paiement. La loi dispose que le bénéfice joue en cas de paiement par «acceptation... d'un immeuble ou d'un effet quelconque». Si la notion d'acceptation coïncide avec celle d'accord nécessaire à l'existence d'une dation en paiement, la notion «d'immeuble ou d'effet quelconque» est plus étroite que celle de prestation différente retenue pour la dation en paiement. A s'en tenir à cette limitation, on pourrait encore considérer l'article 2038 C. civ. comme ne concernant que certaines sortes de dations en paiement. La différence entre les effets des deux institutions vient rompre le dernier lien.

(1) Il convient évidemment de ne pas traduire le terme «effet quelconque» employé dans l'article 2038 C. civ. par celui d'effet de commerce ; tout au contraire il faut l'entendre au sens de «bien quelconque» — P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n° 32.

(2) Civ. 23 octobre 1888, D.P. 1889, 1, 167 : «l'article 2038 C. civ... n'est relatif qu'au cas où ledit créancier «avait accepté... un objet autre que celui compris dans l'obligation». — Com. 5 novembre 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 264, p. 247 : «le tirage, par le créancier lui-même, d'une lettre de change acceptée par le débiteur... ne constitue pas la dation d'un effet en paiement qui pourrait décharger la caution».

(3) En ce sens, P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, fasc. art. 2034-2039, n° 36 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

(4) Cf. pour une critique, en termes d'équité, de cette solution : P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 296.

C'est dans la détermination du moment de l'effet extinctif qu'apparaît la différence. La dation en paiement n'éteint l'obligation concernée, dans la conception retenue, qu'au moment où la prestation nouvelle est exécutée (1). Le respect du texte de l'article 2038 C. civ. conduit au contraire à considérer le cautionnement comme éteint lors de l'acceptation par le créancier du bien donné en paiement : la phrase « l'acceptation... décharge la caution » ne peut être interprétée différemment. D'autant que cette compréhension de la lettre du texte s'accorde avec son esprit, tel que dégagé lors de l'étude du fondement du bénéfice (2) : la loi tient à favoriser la caution en raison du risque que prend le créancier et que lui seul doit supporter. C'est donc dès la prise de décision, dès l'acceptation du créancier, que la caution est déchargée. Libéré de ses attaches avec la dation en paiement, le bénéfice de l'article 2038 C. civ. tend à devenir un moyen d'extinction autonome.

91. — Dation par la caution. Le bénéfice s'expliquant par le désir de ne pas faire supporter à la caution les conséquences d'un paiement pathologique auquel elle est demeurée étrangère ne peut pas être invoqué lorsque c'est la caution elle-même qui a effectué la dation du bien en paiement (3). Elle est alors suspecte d'avoir connu les risques d'éviction, et ne saurait être protégée contre sa propre turpitude ; la satisfaction disparaîtrait par le fait même de l'intéressée, ce qui ôterait à la dation son effet extinctif.

L'article 2038 C. civ. ne concerne donc que l'exécution par le principal obligé ou par un tiers, mais non l'exécution par la caution elle-même. Aussi bien, au cas de pluralité de cautions, il faut considérer que l'exécution par l'une d'elles permet aux autres d'invoquer le bénéfice de l'article 2038.

2) *Les actes d'éviction retenus*

92. — Nature et auteur de l'éviction. Le bénéfice de l'article 2038 C. civ. ne peut concerner que les évictions au sens strict, c'est-à-dire les actes de revendication de la propriété du bien donné en paiement. Sa nature de faveur, jointe à son domaine réservé à la dation des seuls biens matériels, y incite.

Il ne saurait être étendu aux hypothèses d'inefficacité de la dation, par exemple pour inopposabilité de la période suspecte (4).

(1) Cf. supra n° 83.

(2) Cf. supra n° 87.

(3) Req. 23 novembre 1857, D.P. 1858, 1, 84 ; S. 1858, 1, 687. L'espèce n'est pas très probante dans la mesure où les effets donnés l'ont été en application du contrat de cautionnement.

(4) Un arrêt ancien l'a appliqué en ce cas (Orléans 30 août 1850 ; S. 1851, 2, 44 ; D.P. 1851, 2, 29). — Il doit être critiqué : D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., V° CAUTIONNEMENT, 1^e ed°, n° 249 ; P. JESTAZ : *ed. op.*, 2^e ed°, n° 297 qui s'appuie sur Douai 7 juillet 1875, D.P. 1876, 2, 30.

La même optique d'interprétation stricte conduit à refuser le bénéfice de l'article 2038 C. civ. à la caution qui évince elle-même le créancier de l'objet donné en paiement (1). Un tempérament est cependant apporté pour l'hypothèse où la caution ignorait que le bien donné en paiement par le débiteur lui appartenait (2). La possibilité d'éviction est donc toujours ouverte à la caution (3) : si elle connaissait l'existence d'une dation en paiement effectuée par le débiteur à l'aide d'un bien lui appartenant, elle ne pourra invoquer le bénéfice de l'article 2038 C. civ., et son éviction fera revivre sa dette ; si elle ignorait l'existence d'une telle opération, elle conservera le bénéfice de l'extinction tout en récupérant la propriété de son bien.

L'étude du domaine objectif d'application de la règle de l'article 2038 C. civ. nous a conduit à une interprétation stricte et à un rétrécissement de ses possibilités d'utilisation. L'approche de son domaine subjectif ne doit pas démentir cette tendance.

β - Domaine d'application quant aux personnes

93. — Influence de la solidarité. Quelles sont les personnes susceptibles d'invoquer avec succès le bénéfice de l'article 2038 C. civ. ? Bien évidemment la caution simple, puisque c'est pour elle qu'il a été institué. La solution est plus controversée pour la caution solidaire et l'avaliseur. La jurisprudence accorde le bénéfice de l'article 2038 C. civ. à la caution solidaire (4) et au donneur d'aval (5). La doctrine est dans son ensemble favorable à cette extension (6), à l'exception de Mr P.A. SIGALAS qui soutient que le bénéfice de l'article 2038 C. civ. (comme d'ailleurs celui de l'article 2037 C. civ.) est écarté pour les règles de la solidarité (7).

Selon ce point de vue, le renvoi effectué par l'article 2021 C. civ. in fine aux règles de la solidarité pour le cautionnement solidaire doit être considéré comme général : la caution solidaire a son sort lié à celui du débiteur. Le bénéfice ne repose pas alors sur le caractère accessoire de l'engagement de caution mais sur la possibilité qu'envisage la caution de recourir contre le débiteur

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1549, p. 1000. — P. JESTAZ : op. cit. n^o 299. — Dans le même sens, Trib. civ. Castel-Sarrazin, 22 juin 1850, S. 1850, 2, 417, note DEVILLENEUVE.

(2) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n^o 1150, p. 602. — P. SIMLER : op. cit. n^o 30.

(3) Contra : P. JESTAZ : op. cit. n^o 299 in fine qui semble rejeter cette possibilité au motif que la caution devrait garantir : un tel raisonnement serait erroné car la garantie n'est due que par celui qui a effectué la dation en paiement : par hypothèse il ne s'agit pas de la caution, mais du débiteur principal.

(4) Civ. 23 octobre 1888, D. 1889, 1, 167 ; S. 1889, 1, 409. — Orléans 30 août 1850, D. 1851, 2, 29. — Douai 7 juillet 1875, D. 1876, 2, 30 ; S. 1877, 2, 257.

(5) Req. 10 mai 1858, D.P. 1858, 1, 283 ; S. 1859, 1, 161.

(6) Cf. P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n^o 28 et 29 et les autres cités.

(7) P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n^o 122, p. 112.

par les moyens les plus efficaces, c'est-à-dire en étant subrogée aux droits et actions du créancier. En stipulant la solidarité, la caution, si elle désire toujours avoir un recours contre le débiteur, manifeste aussi son intention de se voir appliquer toutes les règles de la solidarité. Elle durcit donc les liens l'unissant au débiteur principal, refusant d'améliorer son propre sort dans ses rapports à l'égard des tiers. La caution solidaire est donc supposée renoncer automatiquement à tous les bénéfices, y compris à celui de l'article 2038 C. civ. La solution est la même, soutenue avec une rigueur accrue, pour l'avaliseur (1).

Tout l'échafaudage de ce raisonnement repose sur le choix du fondement du bénéfice ; il s'écroule avec un changement de fondement. Si l'on refuse de voir comme Mr SIGALAS la justification du bénéfice de l'article 2038 dans la théorie de la cause, pour la trouver au contraire dans le caractère accessoire de l'engagement de caution, on est conduit à accorder ce bénéfice tant à la caution solidaire qu'à l'avaliseur.

Le bénéfice de l'article 2038 C. civ. peut donc être invoqué par toutes les cautions, mais seulement lorsque les actes de paiement et d'éviction visés au texte sont réalisés. Il n'aboutira que si certaines conditions sont en outre remplies.

3° *Conditions d'application de la règle de l'article 2038 du Code civil*

Des termes mêmes du texte ressort la nécessité d'une acceptation du bien en paiement par le créancier (α). De la nature de la règle découle la nécessité d'une absence de renonciation par la caution (β).

α -Acceptation du bien en paiement par le créancier

94. — Acceptation volontaire

1) *L'article 2038 C. civ. exige une acceptation volontaire.* Cette exigence doit être respectée et interprétée à la lumière du fondement qui inspire la règle : le créancier ne perd définitivement sa sûreté qu'en contrepartie «des aléas librement assumés... que comporte la dation en paiement» (2). Ainsi une contrainte, même d'origine économique, permet-elle de considérer que l'acceptation n'a pas été volontaire (3).

(1) P.A. SIGALAS : op. cit. n° 199, p. 179.

(2) P. SIMLER : op. cit. n° 37 et les auteurs cités en ce sens.

(3) La chose a été jugée il y a longtemps pour un créancier hypothécaire qui s'était porté adjudicataire de l'immeuble assiette de sa sûreté : Civ. 19 janvier 1863, D.P. 1863, 1, 86 ; S. 1863, 1, 187.

95. — Acceptation en paiement

2) *L'acceptation doit également être une acceptation en paiement.* En conséquence toute hypothèse d'une acceptation motivée par un autre but ne permet pas le jeu de l'article 2038. Les cas de dation *en vue* du paiement (1) où le créancier reçoit mandat de poursuivre une créance (2), ceux dans lesquels le bien est accepté en gage (3) ne permettent pas de retenir la qualification d'acceptation en paiement.

Le respect de ces deux premières conditions tend à protéger le créancier. Celui-ci n'est toutefois pas omnipotent.

96. — Inopposabilité des réserves

3) *Peu importe que l'acceptation du créancier soit assortie de réserves expresses concernant son recours contre la caution.* Il n'y a pas de condition de pureté de l'acceptation. L'émission de réserves unilatérales par le créancier ne saurait priver la caution d'un droit qu'elle tient de la loi.

Il ne saurait être soutenu que le bénéfice de l'article 2038 C. civ. est soumis à la volonté expresse du créancier, pas davantage qu'on ne saurait affirmer que l'acceptation assortie de réserves n'est pas volontaire (4). L'application

(1) Cf. supra n° 82.

(2) De cette situation doit être rapproché l'arrêt de la Cour de cassation de la Chambre commerciale du 28 novembre 1972 (Bull. civ. 1972, IV, n° 309, p. 289, D. 1973, Inf. Rap., p. 2, V° Cautionnement ; Gaz. Pal. 1973, I, Som., p. 26). Dans cette espèce une première caution avait confié au créancier une créance chirographaire dont le débiteur était en état de liquidation des biens ; le créancier avait produit, mais la procédure avait été clôturée sans que les créanciers chirographaires aient pu percevoir de dividendes ; la deuxième caution invoquait cependant le bénéfice de l'article 2038 à concurrence du montant de la créance donnée en paiement. La Cour de cassation repousse cette demande au motif que « dans ces conditions il ne peut être soutenu que la dation en paiement portant sur une créance irrécouvrable puisse décharger la caution ». Il ne faut pas voir dans cette formulation l'exigence d'une condition supplémentaire tenant aux qualités de la créance, mais bien l'application des conditions tenant à l'acceptation faite par le créancier.

(3) Cf. pour l'hypothèse de la transmission au créancier de récépissés warrants : Com. 20 octobre 1965, D. 1966, p. 353 et note M. CABRILLAC ; Bull. civ. 1965, III, n° 510, p. 459 ; Gaz. Pal. 1966, I, 208. L'absence d'endossement des titres transmis interdit de voir dans l'opération un transfert de propriété donc interdit la libération de la caution ; la présence de l'endossement fait présumer simplement ce transfert. La Cour de cassation a cassé en l'espèce en raison de l'indétermination des circonstances entourant l'endossement, indétermination qui lui interdisait de vérifier que l'acceptation avait été une acceptation en paiement.

(4) Ce sont pourtant les arguments soutenus par nombre d'auteurs : M. DURANTON : *Cours de droit civil français*, Paris, Thorel et Guilbert, 4^e ed°, 1844, t. 18, n° 383. — D.A. PONSOT : *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris, Guilbert, 1844, n° 337. — F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, 4^e ed°, t. 28, n° 281. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : 3^e ed°, t. 24, n° 1151. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : 2^e ed°, t. 11, n° 1549. — P. JESTAZ : op. cit. n° 298.

d'un bénéfice octroyé par la loi est hors du pouvoir du seul créancier et une acceptation avec réserve de droits n'est pas conditionnelle.

Si le créancier soumet la réalisation de la dation au maintien de l'engagement de la caution il y a alors acceptation sous condition suspensive et la non-survenance de la condition empêche la réalisation de la dation. En revanche une acceptation sans condition entraîne automatiquement le jeu de l'article 2038 C. civ. même si elle est agrémentée des plus formelles réserves (1).

Ce que ne peut la volonté esseulée du créancier, la renonciation de la caution le peut-elle ?

β - Absence de renonciation de la caution

97. — **Notion de bénéfice légal.** La renonciation dans sa conception large d'acte d'abdication de droits ou facultés personnels (2) trouve dans le bénéfice légal un terrain privilégié d'application (3). Créancier et caution «s'entendent pour écarter la faveur légale, parce que c'est l'intérêt de l'un que la loi soit paralysée et l'intérêt de l'autre d'accepter ce sacrifice» (4).

La nature de bénéfice légal que revêt la règle de l'article 2038 C. civ. ne fait pas obstacle en elle-même à la possibilité d'une renonciation. Cette notion reste nébuleuse et les efforts tentés pour la cerner n'ont pas abouti. Une distinction entre le bénéfice et le droit subjectif qui reposerait sur le degré de formation de la prérogative est à la base de quelques analyses. Présentée à propos du bénéfice de discussion (art. 2021 C. civ.) par Mr le Doyen CARBONNIER (5), elle pose le bénéfice en embryon du droit : tant que la situation prévue ne se réalise pas, la prérogative est un bénéfice ; dès que les conditions de son jeu sont réunies, elle devient un droit subjectif. Cette proposition a été généralisée avec prudence (6), soit rejetée (7), mais plus souvent

(1) En ce sens, TROPLONG : *Traité du cautionnement et des transactions*, n° 583 ; — surtout L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, n° 255, p. 287 et la vivacité de sa critique ; — plus récemment : P. SIMLER : op. cit. n° 40.

(2) Cf. J.D. BREDIN : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français* ; Travaux de l'Association H. CAPITANT : t. 13, pp. 367 et suiv., et surtout p. 369.

(3) La conception stricte de la renonciation analysée en un acte unilatéral et nécessaire à l'élaboration d'une théorie générale ne peut vraiment s'appliquer qu'au domaine des droits réels. Cf. P. RAYNAUD : *La renonciation à un droit (sa nature et son domaine en droit civil)*. Rev. trim. dr. civ. 1936, pp. 765 à 809, spécialement n° 19, p. 780.

(4) J.D. BREDIN ; op. cit. n° 368.

(5) J. CARBONNIER : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé* ; Travaux de l'association H. CAPITANT, 1959-1960, (t. 13, Dalloz, 1963), pp. 283 à 297, spécialement pp. 287 et 288.

(6) G. GRAMMATIKAS : *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Thèse, Paris, 1970, L.G.D.J., 1971 (préf. J. Carbonnier), spécialement n° 49, p. 56 : les bénéfices légaux seraient «des règles qui créent des prérogatives individuelles ou assurent aux personnes une protection sans leur attribuer, pour autant, des droits subjectifs proprement dits».

(7) F. RIGAUX : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé belge*, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 13, pp. 385 à 440, spécialement p. 399.

encore ignorée. L'attitude pragmatique prévaut qui conduit à considérer que lorsque l'objet de la renonciation est un bénéfice rien ne semble devoir l'invalidier (1).

L'argument a fortiori développe ici toute sa puissance de conviction : puisque le droit subjectif parfait est susceptible de toutes formes de renonciation (2), le bénéfice qui n'a pas cette perfection est apte au même abandon. Une définition plus précise de la notion de bénéfice n'entraînerait pas une différence de régime.

98. — Caractère d'ordre public du bénéfice. Le caractère d'ordre public du bénéfice peut en revanche interdire la renonciation anticipée. Il est en effet possible de renoncer à un droit acquis, même d'ordre public, mais non d'y renoncer par avance. En matière de dation en paiement, la renonciation à l'article 2038 C. civ. n'est pratiquement jamais contenue dans le contrat de cautionnement car la dation est un aménagement souvent impromptu. Elle est bien plus susceptible de trouver place dans l'acte organisant la dation et sera une renonciation anticipée si le créancier l'exige préalablement à son acceptation. Une telle renonciation est-elle valable ?

La règle de l'article 2038 C. civ. est à nos yeux une faveur légale octroyée à la caution pour la protéger d'une imprudence du créancier dans l'acceptation d'un bien quelconque en paiement (3). Sa nature n'en fait donc pas génériquement une disposition d'ordre public. Seules les circonstances de son octroi peuvent aboutir à cette qualification.

Le problème se retrouve à l'identique pour le bénéfice de subrogation (art. 2037 C. civ.) pour lequel la multiplication des renonciations a conféré à la question de leur validité une acuité particulière (4). La solution doit être la même pour les deux bénéfices ; comme à notre connaissance aucun contentieux n'a été publié sur des renonciations à l'article 2038, son ébauche sera simplement tracée ici.

Une distinction est à faire, pour respecter la volonté de protection du législateur, entre les cautions informées ou intéressées et celles qui ne le sont pas. Les cautions intégrées (dirigeant de la société débitrice, caution professionnelle) disposent de moyens d'investigation leur permettant d'éviter une renonciation inconsidérée. Mieux, elles connaissent parfois le bien donné en paiement et sont à même de savoir qu'un risque d'éviction existe. Elles profitent en tout état de cause d'une contrepartie à leur engagement, directe ou indirecte, qui

(1) Cf. notamment J.D. BREDIN : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, rapport précité ; Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 13, p. 373 in fine et p. 374. — P. MALAURIE : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ, 1^e ed° (1954), V° RENONCIATION ne classe pas expressément les bénéfices, mais semble les compter parmi les facultés (n° 2).

(2) Cf. P. MALAURIE : op. cit. n° 34.

(3) Cf. supra n° 87.

(4) Cf. infra n° 459 à 485, et spécialement les limites à leur validité, n° 469 et suiv.

compense la charge du paiement. La protection légale, qui ne leur était d'ailleurs pas destinée, est superfétatoire et il faut leur permettre d'y renoncer.

Au contraire la caution éloignée de l'obligation principale, l'ami, le parent ou l'associé ignorants des actes du débiteur sont les destinataires privilégiés de cette protection. Pour eux elle est nécessaire et doit donc être maintenue à l'encontre de toute manœuvre du débiteur ou du créancier. Qualifier à leur égard l'article 2038 C. civ. de disposition d'ordre public permet d'atteindre ce but.

Cette qualification distributive confère au juge un large pouvoir d'appréciation. A l'imprécision de son caractère casuistique répond l'efficacité de son application aux seules hypothèses où elle est utile. L'économie des moyens extrêmes de protection et leur adaptation aux besoins des intéressés justifie amplement l'incertitude qui découle du recours à l'appréciation judiciaire. Elle évite de brider à l'excès la liberté contractuelle et conservera au cautionnement le rôle de sûreté qui est le sien (1) puisque les cautions intégrées et intéressées ont toute latitude d'effectuer une renonciation irrévocable (2) dont elles sont en mesure d'apprécier la portée.

99. — Cautionnement nouveau d'une prestation substituée. La renonciation au bénéfice de l'article 2038 C. civ. doit être distinguée de la garantie originairement accordée par la caution d'une prestation en nature. Supposé que le créancier exige pour accepter une dation en paiement la fourniture d'un cautionnement, la caution qui ainsi connaîtrait la substitution des prestations au moment de son engagement ne saurait invoquer l'article 2038 C. civ. (3).

Si le créancier ne peut aggraver à l'insu de la caution les risques que comporte son engagement, ce fondement reconnu au bénéfice de l'article 2038 C. civ. «devient sans application lorsque le mode de libération auquel a eu recours le débiteur était réglé par l'acte de cautionnement lui-même» (4). Au regard de la caution, l'événement n'est pas une dation en paiement mais un paiement pur et simple. L'esprit comme la lettre du texte interdisent son application (5).

La satisfaction du créancier conserve ainsi une place dans une matière d'où la décision du législateur semblait l'avoir exclue. Le créancier recherchant une satisfaction par équivalent perd sa sûreté sauf à se prémunir par l'exigence

(1) A refuser aux parties un élément d'adaptation des contrats à leurs exigences, l'on vide une institution de toute sa vitalité. L'exemple en est donné par le droit suisse du cautionnement (cf. supra n° 9).

(2) G. GRAMMATIKAS : op. cit. n° 120, p. 145 ; — P. MALAURIE : op. cit. n° 79 et suiv.

(3) Req. 23 novembre 1857, S. 1858, 1, 687 ; D. 1858, 1, 84. — Trib. civ. Nantes 30 mai 1894, Gaz. Pal. 1894, 2, suppl. 1.

(4) D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 1^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 247. — Adde : L. GUILLOUARD : op. cit. 2^e ed°, no 254, p. 287. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 7^e ed° par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, § 429, n° 238, p. 353.

(5) Contra, mais sans justification : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : op. cit. n° 1148 in fine, p. 602.

d'une renonciation (seulement contre les cautions intégrées à l'opération principale) ou par un cautionnement nouveau. Ainsi appliqué le bénéfice octroyé à la caution offre une protection équitable que son domaine, somme toute réduit, encourage à conserver (1). Il atténue les menaces que fait naître tout aménagement des modalités originelles et que l'on retrouve sous une autre forme dans la compensation.

B — Satisfaction aménagée par simplification et renforcement : la compensation

100. — Application à l'opération de cautionnement. En compensant, les parties cherchent tantôt à simplifier leurs relations, tantôt à éviter une perte (2) : chacun des deux aspects prend le pas sur l'autre en fonction du contexte de l'opération (3). En règle générale, la compensation légale apparaît comme plutôt simplificatrice et la compensation judiciaire comme plutôt protectrice.

L'application de ce mécanisme à l'obligation principale comme à l'obligation personnelle de la caution ne se heurte à aucun obstacle dirimant ; le fait pour l'obligation principale d'être assortie de garanties n'interdit pas l'extinction par compensation (4) et le caractère unilatéral du cautionnement n'empêche pas la naissance de créances au profit de la caution. S'il n'y a pas d'obstacle, il y a en revanche des difficultés.

L'utilisation de la compensation par la caution et les conséquences de l'extinction qu'elle entraîne sont différentes suivant qu'elle affecte l'obligation principale (a) ou l'obligation de la caution (b).

(1) C'est en ce sens que s'est prononcé le Comité du contrat de cautionnement chargé d'étudier la révision des règles du Code civil québécois sur cette sûreté (Rapport XXXIII - Office de Révision du Code civil - Montréal 1975 ; art. 26 du rapport, sur l'art. 1960 du C. civ., p. 34).

(2) Le rôle protecteur de la compensation a conduit certains auteurs à la rapprocher de l'exception d'inexécution et du droit de rétention (L. BOYER : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., ^{VI}S CONTRATS et CONVENTIONS, 2^e ed° (1971), n° 261 in fine ; J. CHEVALLIER : *Obs. Rev. trim. dr. civ.* 1967, pp. 812 à 814 sur Civ. 18 janvier 1967, spécialement p. 813). Cette mise en parallèle est très instructive et est accentuée par une jurisprudence qui use des règles de l'exception d'inexécution pour assouplir les conditions de la compensation légale : cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN : t. 6, n° 443, 1^e ed°, pp. 610 à 613.

(3) G. LAMBERT : *Cours de droit civil*, Sainte-Ruffine, ed° Maisonneuve, 1971, *Droit du patrimoine* (Lic. 2^e année), principes généraux p. 406 in principio. — J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed°, 1975, *Théorie juridique*, n° 133, p. 497 «La compensation est tantôt paiement, tantôt garantie»

(4) Bourges 20 décembre 1871, D.P. 1872, 2, 171. — C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 28 (1878), n° 584 et n° 649.

a) La compensation affectant l'obligation principale

101. — **Place de la compensation.** La compensation reste, malgré l'utilisation fréquente qu'en fait le droit commercial (1), un procédé technique original et différent du paiement (2). De la difficulté qu'il y a à le cerner est née une volonté de limitation qui a entraîné des solutions tendant d'une part à éviter le déclenchement de l'effet extinctif et d'autre part à permettre la suppression de cet effet extinctif.

Sur ces deux points l'analyse proposée récemment de la nature juridique de la compensation (3) permet de mieux appréhender la notion et ses conséquences. Il est ainsi possible, par extrapolation des solutions dégagées, de déterminer bien plus aisément le sort du cautionnement et la position de la caution face à la compensation de la dette principale. Ce sort est lié aux possibilités reconnues à la caution d'intervenir dans le déclenchement de l'effet extinctif de la compensation (1°) et de résister à la suppression de l'effet extinctif de la compensation (2°).

1° *Le déclenchement de l'effet extinctif de la compensation*

102. — **Analyses de la compensation.** La conception classique de la compensation légale, appuyée sur l'article 1290 C. civ., en fait un événement extinctif automatique, qui ne nécessite en rien l'intervention de la volonté des parties. Que ce texte soit né d'un contresens historique fameux (4) n'ôte pas à la loi la fermeté de sa solution.

Mr MENDEGRIS a systématisé dans le respect de la règle légale une distinction pénétrante entre l'effet extinctif lui-même, qui reste automatique quelle que soit la compensation envisagée, et le déclenchement du mécanisme compensatoire qui est soumis à l'intervention d'une volonté, que ce soit celle des parties ou celle du juge (5).

(1) Sur l'analyse de cette situation, dont il ressort que le droit commercial a recours au seul principe de la compensation et non à l'évènement extinctif tel que réglementé par les articles 1289 et suiv. C. civ. ; cf. C. LUCAS de LEYSSAC : *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, Thèse, Paris, 1973, dactyl., passim, et spécialement n° 182 et 183, pp. 230 et 231 et n° 234, pp. 290 et 291. — Sur l'évolution de cette utilisation, cf. R. BESNARDEAU : *L'évolution de la notion de compensation en droit commercial*, Thèse, Paris, 1963, précitée.

(2) R. MENDEGRIS : *La nature juridique de la compensation*, Thèse, Grenoble, 1967, L.G.D.J., 1969 (bibl. dr. privé, t. 104, préf. P. Catala), n° 11, p. 36.

(3) R. MENDEGRIS : *La nature juridique de la compensation*, Thèse précitée (1967) et *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed°, V° COMPENSATION (1973).

(4) G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, n° 644, p. 670. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 1156, p. 1062.

(5) R. MENDEGRIS : *Thèse précitée*, n° XXIII, p. 22 et n° 89, p. 126.

Une condition tenant à l'activité des parties ou du juge est donc ajoutée aux conditions légales (1). La nécessité d'invoquer le bénéfice de la compensation a toujours été imposée, tant en doctrine qu'en jurisprudence (2), mais elle était présentée comme une application du principe voulant qu'un moyen qui n'est pas d'ordre public ne puisse être invoqué par le juge. Faire reposer sur des règles procédurales une telle limitation au caractère automatique de l'extinction, pourtant présenté comme absolu, n'allait pas sans difficulté.

Dans l'analyse de Mr MENDEGRIS, c'est au contraire la notion même de compensation qui implique la nécessité du déclenchement. Le fait que ce déclenchement soit nécessaire pour que joue la compensation ne va-t-il pas nuire à la caution ? Celle-ci peut-elle invoquer la compensation même si le débiteur garanti ne déclenche pas le mécanisme ? Les situations faites à la caution simple et à la caution solidaire diffèrent ; l'étude séparée de leurs droits est donc nécessaire.

α - Le déclenchement de l'effet extinctif par la caution simple

103. — Possibilité ouverte à la caution ; fondement. L'hypothèse aux termes de laquelle le créancier de l'obligation cautionnée qui se trouve par ailleurs être débiteur de son débiteur, poursuit la caution en paiement est explicitement prévue et réglementée par l'article 1294 al. 1 C. civ. (3).

En permettant à la caution de se prévaloir d'une compensation survenue entre la dette qu'elle garantit et une dette réciproque, ce texte ouvre à un tiers la possibilité de déclencher la compensation. Si ses termes n'en sont pas discutés, son explication prête à controverse.

Certains fondent le droit d'invoquer la compensation dont est titulaire la caution sur le caractère accessoire du cautionnement (4). L'extinction de la créance principale entraînerait, par le jeu de la règle de l'accessoire, l'extinction du cautionnement. Une telle justification, a priori logique, ne fait cependant aucun cas de la possibilité qu'ont le créancier et le débiteur de ne pas invoquer, pour eux-mêmes, cette compensation. La caution n'en sera pas moins déchargée.

La même objection s'applique à la justification fondée sur l'idée de gestion d'affaires (5). La caution, liée au débiteur par un support juridique différent

(1) R. MENDEGRIS : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed°, V^o COMPENSATION, n° 88 et 116.

(2) R. MENDEGRIS : Thèse précitée, n° 94, p. 128.

(3) Art. 1294 al. 1 : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ».

(4) Cf. par exemple P. PONT : *Des petits contrats*, t. 2, Paris, Delamotte, 1867 n° 414, p. 206.

(5) Cf. R. MENDEGRIS : Thèse précitée, n° 18, pp. 40 et 41.

du cautionnement proprement dit, et assimilé au mandat ou à la gestion d'affaires (1), arguerait de l'extinction par compensation de la dette principale en qualité de gérant d'affaires du débiteur. C'est là invoquer une intention de gérer le patrimoine d'autrui que la caution n'a sûrement et généralement jamais eue, préoccupée seulement qu'elle était de son sort personnel. De plus une telle justification implique nécessairement que la dette principale soit éteinte par l'action de la caution ; or cette conséquence ne nous paraît pas assurée.

Il est en réalité bien plus logique de justifier le droit de la caution par l'article 2036 C. civ. qui lui permet d'opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette (2). La compensation de la créance principale est indéniablement une exception réelle (3). Si elle désire en bénéficier, la caution est contrainte de la mettre en œuvre ; mais elle ne déclenche le mécanisme compensatoire qu'à son égard. Le débiteur principal qui n'invoquerait pas la compensation ne serait donc pas libéré, malgré l'intervention de la caution. L'article 1294 al. 1 C. civ. constate donc, au profit de la caution, l'existence d'un droit qui s'explique par les principes généraux du cautionnement. La présence de ce texte ne peut se justifier que par le désir qui animait le législateur de 1804 de protéger la caution en insistant sur toutes les possibilités de libération qui lui sont ouvertes. Le silence du texte en ce qui concerne la caution solidaire n'en est donc que plus troublant.

β - Le déclenchement de l'effet extinctif par la caution solidaire

104. — Discussion ; rattachement à la caution simple. La caution solidaire n'est pas mentionnée par l'article 1294 C. civ. Peut-on tout de même lui accorder, comme à la caution simple, le droit de déclencher à son bénéfice le mécanisme compensatoire ? Assurément, si l'on privilégie le rapport de cautionnement ; on est au contraire conduit à le lui refuser si l'on fait prévaloir l'aspect solidaire de son engagement. L'alinéa 3ème de l'article 1294 C. civ. interdit en effet au débiteur solidaire d'invoquer la compensation née entre son codébiteur et le créancier. Cette compensation existe, mais le droit de la déclencher est refusé au codébiteur solidaire.

(1) Pour une critique de cette qualification, cf. F. STEINMETZ : note sous Civ. 11 novembre 1973, *Dalloz* 1975, 549 à 553, spécialement I-B.

Ces notions, inaptes à expliquer totalement la relation entre la caution et le débiteur garanti, sont néanmoins les seules généralement invoqués (cf. M. REMOND-GOUILLOU qui, dans son article sur : *L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*, J.C.P. 1977, I, 2850, ne les rejette ni ne les retient, sauf pour cette hypothèse : n° 19, note 75).

(2) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 1157, p. 605.

(3) En ce sens B. LENFANT : *Le domaine du cautionnement en droit commercial*, Thèse, Paris, 1959, dactyl., p. 33. Noter cependant les hésitations de cet auteur pp. 31 à 33.

A s'en tenir à la lettre de la loi, il faut refuser à la caution solidaire le droit de déclencher la compensation (1). En effet la solidarité s'impose à elle dans ses rapports avec le créancier avec une force presque identique à celle que subit un codébiteur solidaire (il n'y a que dans ses rapports avec le débiteur qu'elle apparaît comme une caution). L'assimilation de la caution au codébiteur la prive donc des droits que celui-ci n'a pas (2).

En retenant au contraire l'esprit de l'article 1294 al. 3 visant le codébiteur solidaire, la transposition de son statut à la caution solidaire n'est plus envisageable. La loi interdit au débiteur solidaire d'invoquer la compensation non pour favoriser le créancier, mais pour protéger le codébiteur titulaire d'une créance : si les autres codébiteurs pouvaient l'invoquer, cela reviendrait à faire payer le titulaire de la créance ; or le créancier ne le poursuivait pas et ce codébiteur perdrait ainsi la chance qu'il avait de ne pas être choisi (3). C'est donc sur le plan des rapports entre codébiteurs solidaires que joue l'article 1294 al. 3, et la protection qu'il organise ne saurait être étendue au principal obligé, débiteur de la totalité de la dette. En conséquence l'assimilation de la caution solidaire au codébiteur n'est plus défendable.

La caution solidaire peut donc, comme la caution simple, déclencher à son seul profit le mécanisme compensatoire (4). A la caution solidaire, il convient d'assimiler le donneur d'aval (5).

Ce droit pour toutes les cautions d'opposer au créancier la compensation existant entre sa créance et celle du débiteur principal peut-il jouer même au cas où les parties à la compensation ont décidé d'éviter son effet extinctif ?

(1) C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n° 136, p. 137. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 3, n° 569, p. 354. — H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, n° 49, p. 55. Tous citent un arrêt fort ancien de la Cour de Colmar du 16 juin 1821. D. et A. DALLOZ : *Jur. gen.*, V^o Cautionnement, n° 338, 2^e espèce.

(2) P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, n° 123, p. 113. — Pour un recensement complet de la doctrine en 1931, cf. G. HOLLEAUX : Note au Dalloz 1931, 1, pp. 73 à 76, spécialement I, a, p. 74, 1^e col.

(3) Nous retrouvons la même considération dans les relations du débiteur et de la caution à l'égard d'une créance appartenant à la caution ; cf. infra n° 114 et 115.

(4) P. PONT : *Des petits contrats*, t. 2, n° 416, pp. 206 et 207. — A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique du Code civil*, 1884, t. 5, n° 246 bis, IV. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1158, p. 605. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n° 1539, p. 989 et 1552, p. 1002. — R. MENDEGRIS : Thèse précitée, n° 18, p. 41. — M. FOURNIER : *Le cautionnement solidaire*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1886, pp. 695 à 718, et 1887, pp. 40 à 57, spécialement 1887, n° 37, pp. 50 et 51.

(5) L'assimilation a toujours lieu, que ce soit en faveur de la libération (B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse, Paris, 1953, § 179, p. 178 à 181 ; P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, Paris, Rousseau, 1953, t. 1, n° 505 ; 2^e, p. 570) ou en faveur du maintien du cautionnement (P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 200, p. 180).

2° *La suppression de l'effet extinctif de la compensation*

105. — Renonciation par le débiteur à la compensation. Les parties à l'obligation principale peuvent décider d'écarter la compensation en tant que mode d'extinction de cette obligation. Une telle situation se traduit par une renonciation de la part du débiteur principal à invoquer, in futurum, la compensation qui serait susceptible de naître.

La possibilité d'une telle renonciation par le débiteur ne peut être niée. En renonçant à une cause d'extinction de sa dette il renonce bien à un droit ou à un bénéfice. En effet il ne repousse pas l'évènement extinctif, le fait matériel, ce qui lui serait impossible, mais simplement les conséquences juridiques que la loi attache à ce fait. Ce sont donc les conséquences de droit d'un fait juridique bénéfique qui sont évincées. Ces conséquences ne concernent pas, en principe, l'ordre public. Il est donc possible d'y renoncer par avance comme a posteriori : «pourvu que l'objet de la renonciation soit suffisamment déterminé et que le renonçant soit parfaitement conscient de la portée et de l'étendue de son acte... la renonciation peut porter non seulement sur un droit actuel, mais aussi sur un droit conditionnel, futur ou éventuel» (1). Hormis l'exception qu'impose l'article 2220 C. civ. pour les renonciations à prescription (seule la renonciation à une prescription acquise est possible toute renonciation anticipée étant nulle), les renonciations aux effets des évènements extinctifs sont, par principe, valides. Elles privent alors le renonçant du droit abdiqué et il peut opposer cet abandon erga omnes. Peut-on en déduire que la renonciation du débiteur projette ses effets dans la sphère juridique de la caution ? La question mérite d'être élaguée au plan général (α) avant d'être examinée au plan spécial de la compensation à la lumière des dispositions particulières qui la concernent (β).

α - *L'efficacité à l'égard de la caution de la renonciation par le débiteur à une cause d'extinction*

106. — Absence de règles établies. L'absence d'une théorie légale de la renonciation entraîne l'absence d'une protection générale des tiers. En principe ils sont protégés par la règle voulant que les droits utiles à autrui ne peuvent être abdiqués (2). La position de la caution étant particulière, il convient de l'examiner par référence aux règles générales de notre droit et pour ceci d'envisager séparément la renonciation faite par le débiteur antérieurement à l'acte de cautionnement de la renonciation qu'il consent par la suite.

(1) G. GRAMMATIKAS : *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Thèse, Paris, 1970, L.G.D.J., 1971 (préf. J. Carbonnier), conclusion, n° II, p. 156.

(2) P. RAYNAUD : *La renonciation à un droit*, Rev. trim. dr. civil, 1936, pp. 765 à 809, spécialement n° 34 et 35, pp. 795 et suiv.

107. — Renonciation antérieure au cautionnement. L'efficacité de la renonciation du débiteur à l'égard de la caution dépend principalement de sa date. La renonciation que le débiteur a formulée antérieurement au contrat de cautionnement doit s'imposer à la caution si elle en a eu connaissance. La règle de l'accessoire vient ici renforcer l'induction d'une renonciation personnelle de la caution.

En revanche cette règle ne peut être invoquée en cas d'ignorance de la caution. En effet la règle de l'accessoire entraîne une adéquation du régime du cautionnement à celui de la dette principale, mais seulement dans la mesure favorable à la caution. Si le cautionnement ne peut excéder la dette garantie, il peut très bien être moins onéreux. La règle de l'accessoire ne peut jouer en défaveur de la caution. De plus il est fort logique de limiter l'engagement de la caution à ce qu'a demandé le créancier. Sans faire peser sur lui une obligation de renseignement, il faut permettre à la caution de n'être engagée qu'en fonction du droit commun, sauf au créancier à exiger des conditions plus dures ou à l'informer des renonciations anticipées émanées du débiteur.

108. — Renonciation postérieure. La renonciation à une cause d'extinction que le débiteur a consentie postérieurement à l'acte de cautionnement ne doit, en principe, engager que lui. Si elle est motivée par une intention malveillante ou une fraude aux droits de la caution, la maxime *fraus omnia corrumpit* permet de l'écarter sans difficulté, tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard de la caution.

Quand bien même cette renonciation est faite de bonne foi, l'effet relatif des conventions d'une part, et l'article 2015 C. civ. d'autre part interdisent d'imposer les conséquences de cette renonciation à la caution. Un argument supplémentaire, reposant sur la nature du droit conféré par l'article 2036 C. civ. à la caution, insiste sur le droit personnel qu'a la caution d'invoquer les exceptions inhérentes à la dette, « que le débiteur le veuille ou ne le veuille pas » (1).

La Cour de cassation a retenu, dans un vieil arrêté vivement critiqué (2), la solution contraire au motif d'une représentation de la caution par le débiteur principal. L'antagonisme des intérêts respectifs des deux parties permet d'écarter cette justification quand bien même on la considérerait comme de taille à résister aux arguments invoqués ci-dessus.

(1) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*..., 2^e ed°, 1895, n° 162, p. 182. — Dans le même sens, C. AUBRY et C. RAU par A. PONSARD : t. 6, 7^e ed°, § 426, n° 228, p. 336.

(2) Civ. 12 février 1840, S. 1840, 1, 529.

La renonciation du débiteur à une cause d'extinction n'a donc d'effet à l'égard de la caution que si elle est antérieure au cautionnement et si elle a été connue d'elle lors de son engagement (1). La question est donc réglée sur le plan général. Mais certaines dispositions particulières peuvent modifier les fondements de la solution dégagée grâce aux principes généraux. Tel est le cas en matière de renonciation à une compensation acquise, en raison de l'existence de l'article 1299 C. civ.

β - L'efficacité à l'égard de la caution de la renonciation par le créancier à la compensation acquise

109. — L'article 1299 C. civ. La compensation naissant de créances réciproques entre le créancier bénéficiaire du cautionnement et le débiteur cautionné, chacun est titulaire de l'exception de compensation ; mais chacun d'eux peut également y renoncer. Ainsi le créancier qui a, parallèlement à sa créance garantie par le cautionnement, une dette envers le débiteur, renonce à la compensation en payant sa dette. De même le créancier qui a une dette envers le débiteur mais possède également envers lui, outre sa créance garantie par le cautionnement, une autre créance, renonce à la compensation de la créance cautionnée s'il compense sa dette avec la créance non garantie.

De telles renonciations, qui laissent survivre la créance cautionnée, laissent-elles également survivre le cautionnement ? Le législateur n'a pas directement résolu le problème. Il a cependant édicté un texte, l'article 1299 C. civ., pour l'hypothèse où la créance dont la compensation est évitée se trouve garantie par des sûretés réelles. En ce cas, le créancier qui a renoncé à compenser sa créance ne peut plus, lorsqu'il réclame le paiement au débiteur, faire jouer les sûretés réelles dont il dispose.

La doctrine, à défaut de jurisprudence a tenté plusieurs explications (2). Certains ont vu une compensation qui éteint les deux créances, suivie, lors du paiement de sa dette par le créancier, d'une renonciation à l'effet extinctif ; mais cette renonciation ne jouerait qu'inter partes et la compensation demeurerait efficace aux yeux des tiers. Pour eux donc les sûretés auraient été éteintes par la compensation.

(1) Comparer l'article 853 C. civ. hellénique permettant à la caution d'opposer au créancier les exceptions qui ne sont pas attachées à la personne du débiteur, « alors même que le débiteur y aurait renoncé, postérieurement à la conclusion du cautionnement » Cité par G. GRAMMATIKAS : *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Thèse précitée, n° 127, p. 154. — Adde : l'étude du Max Planck Institut de Hambourg sur *Le cautionnement dans le droit des Etats membres des Communautés européennes*, Hambourg 1969, spécialement n° 69, p. 78 : « Toutes les législations prévoient en outre, dans l'intérêt du donneur de sûreté, que la renonciation du débiteur aux exceptions qui lui appartiennent n'affecte pas la position juridique du donneur de sûreté ; celui-ci peut donc se servir néanmoins des exceptions du débiteur ». De même les Codes récents édictent-ils un principe général d'individualité de la renonciation : C. civ. éthiopien (1960), art. 1926 al. 2 ; C. civ. de la république populaire de Pologne (1964), art. 883 § 2.

(2) Sur l'exposé de ces tentatives, cf. R. MENDEGRIS : *La nature juridique de la compensation*, Thèse précitée, n° 116 et suiv. pp. 148 et suiv.

D'autres ont analysé l'opération en une compensation suivie d'une renonciation, mais dont les effets se produiraient erga omnes. Simplement l'article 1299 C. civ. viendrait protéger les tiers en interdisant au créancier solvens de leur porter préjudice par la réalisation de sa sûreté : cette sûreté existe (à la différence de la première analyse), elle est ressuscitée, mais elle est inopposable à certains tiers (1).

Mr MENDEGRIS enfin analyse l'action du créancier solvens non pas en une renonciation à compensation mais en un refus de déclencher cette compensation. La conséquence que la loi tirerait de cet acte serait de le priver, à l'égard des tiers invoquant un préjudice, des droits spéciaux nés de la sûreté (2).

110. — Extension à la caution ; refus. Bien que l'article 1299 C. civ. ne vise expressément que les sûretés réelles, la tentation est forte d'en étendre la protection à la caution. Pour ce faire, l'on peut inclure le cautionnement au nombre des sûretés éteintes (3) ou compter la caution parmi les tiers bénéficiant de l'inefficacité des sûretés.

Ces artifices sont aussi peu justifiables qu'efficaces. En effet la protection ne pourrait jouer qu'au cas où la dette du créancier renonçant était née lors de la conclusion du cautionnement et seulement dans l'hypothèse prévue au texte de paiement fait en connaissance de la compensation.

C'est pourquoi certains auteurs préfèrent justifier la libération de la caution, qu'ils estiment nécessaire au plan de l'équité, par une extension de l'article 1294 al. 1 C. civ. (4), ou par un recours, qui nous paraît très critiquable, à l'article 2037 C. civ. et au bénéfice de subrogation qu'il institue (5).

Cette unanimité doctrinale à libérer la caution, quel que soit le procédé retenu (6), jointe au rôle considérable que joue la compensation dans les échanges économiques, notamment au sein de la C.E.E., a conduit à proposer

(1) Cf. P. DRAKIDIS : *Les effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise*, Rev.trim. dr. civ. 1955, pp. 238 à 253 et spécialement p. 241, n° 6 où il justifie l'analyse par une référence aux travaux préparatoires.

(2) R. MENDEGRIS : *La nature juridique de la compensation*, Thèse précitée, n° 120 et 121, pp. 150 et 151.

(3) C'est la solution retenue par le droit italien (art. 1295 C. civ.) qui s'est contenté d'ajouter le cautionnement aux sûretés visées par le texte français.

(4) P. DRAKIDIS : Article cité n° 14, p. 245 ; R. MENDEGRIS : Thèse précitée, n° 112, p. 146.

(5) Mêmes auteurs, op. et loc. cit.

(6) P. DRAKIDIS : Article cité, n° 13, p. 245 ; noter cependant l'opposition de R. MENDEGRIS (thèse précitée, n° 112, p. 146 et n° 114, p. 147). — Adde plus spécialement : P. PONT : *Des petits contrats*, n° 415, p. 206. M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, n° 1291. — *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 1^e ed°, V° COMPENSATION (anonyme), n° 214. — P. DRAKIDIS : Article précité, passim, et plus spécialement n° 6, p. 241, n° 13, p. 245, n° 14, p. 246 et n° 23, p. 252.

la modification des législations européennes en ce sens (1). Ceci tend à établir l'autonomie du fondement et la libération de la caution.

A notre avis en effet c'est uniquement dans l'application d'un principe plus général d'inefficacité à l'encontre des tiers de toutes renonciations à une extinction réalisée que l'on doit trouver la justification d'une libération de la caution. La compensation acquise efface le cautionnement sans que la volonté du créancier puisse s'y opposer. Le faible secours de l'article 1299 C. civ. s'avère donc inutile, tout autant que celui d'autres textes inadaptes à la tâche qu'on leur confierait.

Ainsi donc la compensation affectant l'obligation principale éteint toujours le cautionnement, même lorsqu'elle est déclenchée par la seule caution ou lorsque le créancier et le débiteur y ont renoncé. La satisfaction du créancier, qui a trouvé par ailleurs une prestation équivalente, justifie ce phénomène (2). L'aménagement simplificateur s'impose à lui plus qu'il n'est recherché ; la tendance s'accroît avec la compensation propre au cautionnement.

b) La compensation affectant le cautionnement

111. — **Base de fonctionnement.** Tout comme cela se produit dans la relation créancier - débiteur, il peut apparaître entre le créancier et la caution une ou plusieurs créances parallèles à l'engagement de garantie (3). La compensation pourra alors être invoquée par la caution à titre personnel et son régime général s'appliquera. Quelques observations doivent être apportées sur ce régime, tant au niveau de la condition de la compensation qu'au niveau de ses conséquences.

(1) Cf. Rapport du Max Planck Institut sur : *Le cautionnement dans les pays membres des Communautés européennes*, Hambourg, 1969, pp. 183 et 184. La proposition est ainsi formulée : « Dans la mesure où le créancier a abandonné la possibilité de compenser la créance garantie par le cautionnement avec une dette dont il était lui-même redevable ou de se prévaloir de la compensation, le cautionnement s'éteint. Il n'en n'est pas ainsi lorsque le créancier prouve qu'il avait un motif valable d'abandonner cette possibilité ».

(2) Le droit anglais se montre plus restrictif que le droit français, car il ne retient que la compensation entre dettes connexes. Ainsi donc il sélectionne la satisfaction extinctive, seule la dette du créancier née de l'opération cautionnée pouvant être compensée (M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse, Paris, 1974, dactyl., pp. 88 et 89).

(3) Cf. par ex. Com. 25 avril 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 112, pp. 96-97, où la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir fait jouer, même partiellement, la compensation demandée par le créancier.

1) *La condition première de la compensation réside dans l'acquisition par la caution d'une créance à l'encontre de son propre créancier.*

112. — Apparition d'une créance. Ce cas se réalisera lorsque les deux parties entretiennent en dehors du cautionnement des relations d'affaires directes. Ainsi en est-il de la société mère qui cautionne sa filiale envers l'un de ses clients personnels, ou encore de la banque caution envers un particulier et qui est parallèlement l'établissement de crédit de ce dernier (1). Ces exemples ressortissent au droit commun et ne présentent, quant à l'application de la compensation, aucune particularité.

L'intérêt vient en revanche de la possibilité d'une compensation entre créances réciproques nées au sein même du contrat de cautionnement. L'affirmation peut surprendre s'agissant d'un contrat généralement présenté comme unilatéral ; elle s'explique si l'on fouille un tant soit peu sa structure.

113. — Cautionnement synallagmatique. Un contrat n'est pas unilatéral ou synallagmatique par essence. Les parties souveraines peuvent créer des obligations connexes là où le droit commun n'en avait pas prévu et les supprimer là où la pratique les impose normalement. Au delà même de cette détermination à la naissance, la qualification sera fonction du moment de l'analyse ; est synallagmatique le contrat qui contient, au moment où il est observé, des obligations connexes et réciproques (2). Ce critère pragmatique conduit à modifier la qualification non seulement en passant d'un contrat à son semblable mais encore en analysant le même contrat à deux moments différents. Le contrat synallagmatique à l'origine va devenir unilatéral après l'exécution d'un seul, pour redevenir bilatéral s'il naît une obligation de garantie (3). Pour apprécier ces changements, l'on ne tient compte ni de la nature ni de l'importance (principale ou accessoire) des obligations (4).

L'application de ces principes au cautionnement en fait un contrat synallagmatique lorsque le créancier assume des obligations précises. Il peut devoir présenter les effets à la caution (5), lui adresser les relevés périodiques du compte cautionné (6), ou plus généralement promettre ou s'interdire d'effectuer

(1) Adde une espèce particulièrement complexe où la caution qui garantissait l'ex-associé d'une société liquidée envers l'associé liquidateur invoquait contre ce dernier sa créance résultant du non-paiement d'une redevance de location de brevet dont l'associé liquidateur supportait naturellement une part : Com. 20 juillet 1976 : Rev. soc. 1977, p. 75, note C. ATIAS.

(2) R. HOUIN : *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Thèse, Paris, 1937, Ed° Lavergne (1937), spécialement pp. 117, et résumé p. 423.

(3) R. HOUIN : Thèse précitée, pp. 192 à 206.

(4) R. HOUIN : Thèse précitée, pp. 153 à 174.

(5) Com. 3 mai 1960, Bull. civ. 1960, III, n° 160, p. 146.

(6) Com. 2 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 77, p. 73 ; D. 1970, Som., p. 170.

tel acte précis : ainsi le créancier qui accepte de poursuivre à ses frais les débiteurs avant d'inquiéter la caution (1) ou celui qui s'engage à ne pas poursuivre la caution sur des biens autres que ceux situés en Algérie (2).

L'inexécution de ces obligations (3) engendrera à la charge du créancier l'obligation de réparer par équivalent le préjudice de la caution. Les dettes réciproques devenues fongibles pourront alors se compenser. Le mécanisme s'applique plus généralement à toute responsabilité du créancier, qu'elle repose sur l'inexécution ou sur l'abus de droit (4).

2) *Les conséquences de la compensation sont différentes suivant qu'elles concernent la caution qui en est bénéficiaire ou le débiteur principal.*

114. — Paiement par la caution et remboursement. A l'égard de la caution, la compensation entraîne paiement et lui confère donc à proportion un recours en remboursement contre le débiteur principal et les cofidéjusseurs. Cette solution toute logique pourrait être choquante au cas de compensation résultant d'une responsabilité du créancier : la caution qui aurait évité un débours ne s'enrichirait-elle pas en obtenant un remboursement ? Une telle hypothèse n'est en pratique pas concevable en raison de la consistance du préjudice de la caution.

Si le préjudice résulte d'un amoindrissement des chances de remboursement de la caution (5), il n'apparaîtra qu'après démonstration de l'impossibilité totale ou partielle de ce remboursement. C'est dans cette seule mesure que la compensation jouera et il n'y aura pas d'enrichissement.

Si le préjudice découle d'une aggravation de la dette, en raison par exemple d'un crédit trop généreux ou d'une absence d'information de la caution qui lui a interdit de se dégager à temps, le juge pourra éviter sa réalisation en permettant à la caution de ne pas payer au delà d'une certaine somme. Subrogée uniquement dans ce qu'elle aura réglé, elle ne s'enrichira pas. Pour le surplus il n'y aura pas eu compensation, mais suppression de la dette de la caution et par là du germe de son préjudice.

(1) Com. 22 février 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 51, p. 47.

(2) Civ. 15 février 1972, Bull. civ. 1972, I, n° 50, p. 44 ; Rev. crit. dr. intern. priv. 1973, p. 77, note H. BATTIFOL ; Rev. trim. dr. com. 1973, pp. 417 et 418, obs. Y. LOUSSOUARN.

(3) Encore faut-il qu'il y ait réellement obligation : l'engagement de prévenir la caution par lettre recommandée de l'inexécution du débiteur n'est pas une obligation dont le non-respect libère la caution : Com. 29 mai 1973, D. 1973, Som., p. 123.

(4) Cf. infra l'étude de cette responsabilité découlant de la faute du créancier : n° 365 et suiv.

(5) Ainsi en est-il lorsque le créancier tarde trop à réclamer l'exécution de la dette, lorsqu'il compromet l'existence de sûretés,...

115. — Conditions de son bénéfice pour le débiteur principal. A l'égard des tiers au contrat de cautionnement, et donc à l'égard du débiteur principal, la compensation n'a pas une efficacité automatique. Il faut en effet que la caution ou le créancier aient préalablement déclenché la compensation pour que le débiteur ou les cofidélus puissent l'invoquer. C'est ce qu'exprime par une formule très maladroite l'article 1294 al. 2 C. civ. qui dispose que «le débiteur ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution».

Cette règle s'explique par le désir de ne pas faire supporter systématiquement à la caution le poids de la dette lorsqu'elle est par ailleurs créancière de son créancier. Si elle n'était pas posée, le débiteur pourrait se libérer en invoquant la satisfaction dont jouirait le créancier du fait de la compensation émanant de la caution. Il obligerait ainsi la caution à payer en premier et gagnerait du temps en ne s'exécutant que sur l'action récursoire de celle-ci.

En revanche la compensation une fois déclenchée par les titulaires d'obligations réciproques eux-mêmes, elle peut être invoquée par tout le monde. Ce n'est plus la compensation que l'on invoque mais sa conséquence : l'extinction de la dette principale.

Les justifications de cette règle sont diverses, les uns y voyant une application de l'exigence de créances réciproques (1), d'autres le désir «d'empêcher l'inquisition de l'un des codébiteurs dans les affaires de l'autre, immixtions indiscretes» (2), d'autres enfin une opposition entre la compensation à l'état de virtualité et la compensation effectuée (3). A notre avis l'article 1294 al. 2 C. civ. est la preuve de la nécessité qu'il y a à distinguer le déclenchement de la compensation de son effet extinctif. Son but est d'interdire au débiteur de déclencher la compensation, non pas d'en empêcher l'invocation lorsqu'elle a déjà été mise en œuvre par les titulaires du pouvoir de déclenchement. La relativité du déclenchement s'ouvre sur une extinction dont l'effet erga omnes s'explique par la perfection de la satisfaction du créancier.

Que cette satisfaction soit recherchée à travers l'aspect «garantie» de la compensation (compensation contractuelle ou légale organisée) ou qu'elle soit imposée au créancier par la compensation judiciaire, elle demeure la base de l'extinction. L'aménagement qu'entraîne la simplification des modalités d'exécution explique les particularités du régime de la compensation. Cet aménagement ne nécessite toutefois qu'une activité minimale. Parfois au contraire la recherche de la satisfaction implique des opérations plus délicates et de portée plus grande.

(1) R. MENDEGRIS : *La nature juridique de la compensation*, Thèse précitée, n° 19 à 23, pp. 42 à 44 et n° 27, p. 48.

(2) C. BEUDANT par G. LAGARDE : t. 9, 2^e ed°, n° 1040.

(3) P. SIMLER : J. Cl. civ. art. 2034-2039, n° 129.

CHAPITRE II

LA SATISFACTION PAR LA MODIFICATION DE L'ENGAGEMENT

116. — **Nécessité de la satisfaction.** L'engagement juridique n'est qu'un moyen de satisfaire une fin économique ou morale. Lorsque les changements du contexte dans lequel il est intégré ont révélé ses insuffisances, les parties peuvent modifier l'instrument afin d'obtenir malgré tout la satisfaction du créancier.

L'autonomie de la volonté laisse aux parties la maîtrise technique de leur contrat, mais le créancier imposera nécessairement le respect de sa satisfaction. Pour lui surtout la mutation de l'engagement initial passe par l'obtention d'une contrepartie.

La satisfaction nouvelle pourra être incluse dans l'opération de modification et en constituer un élément de validité : tel est le cas de la novation et de la transaction dans lesquelles la satisfaction est intégrée à la modification (section 1). Cette satisfaction pourra aussi rester extérieure à la modification, comme dans la remise de dette, en constituer un élément sous-jacent mais nettement dissocié (section 2).

SECTION I

LA MODIFICATION DE L'ENGAGEMENT
AVEC SATISFACTION INTEGREE

117. — **Divisions.** Les parties sont libres d'aménager l'engagement à leur guise. Un impératif s'impose cependant : conserver au créancier les moyens d'obtenir la satisfaction recherchée à l'origine. Deux techniques offrent cette possibilité : la novation, qui intervient en dehors de tout contentieux déclaré (§ 1) et la transaction, qui liquide un conflit (§ 2).

Paragraphe 1

LA NOVATION ENTRE MEMES PARTIES

118. — **Nouvelle utilité de la novation.** La novation affectant l'engagement lui-même (et non celle qui concerne les parties et que sa nature rejette à une autre place) (1) (2) n'a plus dans notre système juridique de fonction évidente puisque les parties peuvent modifier l'obligation sans recourir à une substitution de rapports juridiques.

L'utilité de la novation dite objective (3) s'est manifestement amoindrie : «le terrain s'est en quelque sorte dérobé sous la novation romaine» (4).

(1) Infra en deuxième partie, avec les causes inhérentes à la personne des parties : n° 301 à 305.

(2) La novation par changement de cause ou d'objet, apparue tardivement, n'a pas la même finalité que celle par changement de parties. Cette novation inter easdem personas ne sert à ses débuts (fin de la Rome classique) qu'au changement de cause, à l'adjonction ou à la suppression d'un terme, d'une condition ou d'une caution (cf. J. MACQUERON : *Histoire des obligations, Le droit Romain*, 2^e ed°, Aix, 1975, p. 426).

(3) F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, 4^e ed°, t. 18, n° 264, p. 286. — J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed°, n° 135, p. 507.

(4) A.E. GIFFARD : *Précis de droit romain*, t. 2, Paris, Dalloz, 2^e ed° (1938), n° 427 in fine, p. 281.

Les tentatives faites pour expliquer par la novation certains mécanismes tels que le compte courant ou la dation en paiement ont échoué (1). L'efficacité d'une notion qui fait double emploi avec des procédés techniquement plus commodes est fortement discutable. Nombreux sont d'ailleurs les auteurs qui doutent de la nécessité de la conserver dans notre arsenal juridique (2). Il faut pourtant constater que nombre de décisions concernent la novation, souvent pour l'écarter parce qu'une partie l'a convoquée à tort (3). La fréquence de son utilisation dans la pratique judiciaire témoigne de son incontestable vivacité ; force est d'en trouver la raison.

Cette vigueur d'une institution obsolète réside dans son effet second : l'extinction de l'obligation novée. A ce déplacement du centre d'intérêt correspond un changement des intéressés. Ce ne sont plus les parties qui invoquent la novation, mais les tiers. De mécanisme de modification entre parties, la novation est devenue une source de protection des tiers intéressés à la dette. C'est uniquement cette fonction qui lui vaut de ne pas avoir disparu (4).

119. — Inutilité entre les parties. Entre parties, la novation n'apporte rien que la liberté des conventions ne donne déjà. C'est pourquoi la novation du cautionnement lui-même est rarement invoquée comme mode de libération.

Si novation il y a entre le créancier et la caution, elle a le plus souvent pour but de reconduire le cautionnement (5), ou d'aggraver le sort de la caution en en faisant un codébiteur principal (6). Et les circonstances établissent que même au cas où un renouvellement du cautionnement serait fait à des conditions moins lourdes, il n'y a que difficilement intention novatoire de la part du créancier (7).

(1) Cf. supra n° 49 et n° 82.

(2) G. RIPERT et J. BOULANGER : op. cit. n° 1745, p. 633. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, n° 832, p. 839.

(3) Voir par exemple : Com. 10 janvier 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 19, p. 15.

(4) On peut donc affirmer avec un auteur que « nous n'avons pas épuisé toutes les virtualités d'un concept que nous a légué le droit romain » (M. CABRILLAC : *Préface* à l'ouvrage de M. Th. Rives-Lange, *Le compte courant en droit français*, Paris, Sirey, 1969).

(5) Civ. 16 novembre 1971, Bull. civ. 1971, I, n° 289, p. 247 ; J.C.P. 1972, II, 17035, note P. SPITERI. Comp. toutefois Com. 7 novembre 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 249, pp. 211-212 qui constate que « dans la commune intention des parties le premier acte de cautionnement se trouve implicitement résilié par le second » et reconnaît donc sans le mentionner, l'existence d'une novation par changement d'objet (en l'espèce changement de dettes cautionnées).

(6) Civ. 14 février 1973, Bull. civ. 1973, I, n° 59, p. 54. — Adde : Nîmes (3^o ch.), 25 mai 1972, S.A. Crédit mobilier industriel c/Auzière (inédit). — Rapp. : Montpellier (2^o ch.) 23 novembre 1972 - Azibert c/Boudeau (inédit) qui a refusé la novation aggravant le sort de la caution.

(7) Com. 23 février 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 89, p. 86. La caution s'était engagée seule, et solidairement le 28 septembre 1958 envers un créancier ; le lendemain elle signait avec trois autres personnes un cautionnement simple garantissant un concordat amiable conclu avec plusieurs créanciers. L'acte du 29 septembre, plus large et équivoque quant à l'intention du créancier, n'a pas été reconnu novatoire du premier.

120. — Utilité pour les tiers intéressés. A l'égard des tiers au contraire, la novation fournit une protection efficace : elle devient la traduction dans le mécanisme extinctif de l'idée de libération résultant d'une modification grave de l'obligation.

Tous les tiers ne peuvent cependant pas l'invoquer. Il faut (et la condition est logique) qu'ils soient directement intéressés à l'obligation novée. Ceci explique pourquoi la novation du cautionnement n'a pas de portée : le débiteur principal ne peut pas l'invoquer puisqu'elle n'affecte pas son obligation personnelle (1). De même les cofidéjusseurs ne peuvent pas se prévaloir de la novation intervenue entre le créancier et l'un d'eux (2) (3).

A l'inverse et fort normalement les tiers directement associés à l'obligation novée sont libérés : ainsi en est-il des codébiteurs solidaires (art. 1281 al. 1 C. civ.), qu'ils soient ou non intéressés à la dette (4), et des cautions au cas de novation de l'obligation principale.

La caution ayant intérêt à faire proclamer l'extinction de l'obligation qu'elle garantit, c'est souvent elle qui devra établir l'existence d'une novation. Désirant invoquer la protection née de la décharge qu'entraîne la novation, elle devra apporter la preuve de sa réalité (5). L'étude des modalités de mise en œuvre de cette décharge (A) doit donc précéder celle de ses effets (B).

A — La mise en œuvre de la décharge qu'entraîne la novation

121. — Difficultés. Parce que la caution est un tiers à l'ensemble de l'opération de novation que les parties au contrat principal ont élaboré, elle bénéficiera du régime de liberté de preuve que tout plaideur peut invoquer pour prouver un acte juridique auquel il est resté étranger. Mais toute médaille a son revers et cette position de tiers va présenter pour la caution un lourd handicap lorsque, quittant le régime de la preuve, elle aborde son contenu.

(1) Civ. 18 juillet 1866, D. 1866, 1, 326 ; S. 1866, 1, 429. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée n° 115, p. 107. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 314.

(2) Civ. 18 juillet 1866, précité.

(3) La règle reçoit en droit cambiaire une exception qu'impose le formalisme : la novation nécessitant le remplacement de l'effet garanti, le donneur d'aval sur le titre est libéré par toute novation, quel que soit le signataire qui y ait participé. (En ce sens : P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 195, p. 117).

(4) P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 115, p. 107.

(5) P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039 (cautionnement - extinction) n° 77.

Le fardeau de la preuve que doit fournir la caution est en effet alourdi par l'interdiction du recours aux présomptions que pose l'article 1273 C. civ. (1). Déjà lourde de conséquences entre les parties (2), l'exigence posée par ce texte prend une ampleur accrue lorsqu'elle concerne un tiers. Imposer la preuve d'une manifestation évidente de la volonté de nover qui a animé les parties tend à donner un rôle primordial à l'élément intellectuel de l'opération. C'est conférer à la caution la difficile charge de fouiller la volonté des parties à un acte auquel elle est étrangère pour mettre en lumière l'intention de nover.

La preuve de l'élément intellectuel de la novation déterminera donc le sort de la caution (a). Là ne s'arrêtera cependant pas sa tâche puisqu'il lui faut aussi établir la réalité et la consistance de l'effet de cette intention novatoire : la modification différenciant la nouvelle obligation de l'ancienne. C'est la preuve de l'élément matériel de la novation (b).

a) La preuve de l'élément intellectuel de la novation

122. — La preuve de l'élément intellectuel de la novation. La tâche de la caution serait quasiment insurmontable si la jurisprudence n'avait interprété avec tact et finesse les dispositions légales.

D'une part les juges admettent que la preuve de la novation se déduit de l'attitude des parties. S'il faut qu'elle soit évidente, sans équivoque, l'intention de nover n'a pas besoin d'être expresse et peut donc être tacite (3).

D'autre part, et surtout l'existence de l'*animus novandi* sera appréciée *in concreto*, selon les données propres à chaque espèce. C'est ainsi que la même modification de l'obligation, par exemple un report d'échéance, ne constituera pas une novation dans certains cas (4) mais sera retenu à ce titre

(1) Art. 1273, C. civ. : «la novation ne se présume point : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte». Ce texte est d'autant moins acceptable en notre matière que la Constitution de Justinien imposant l'expression claire de la volonté des parties ne concernait pas la novation par changement d'objet qui ne jouait qu'exceptionis ope. (J. MACQUERON : *Histoire des obligations*, précitée, p. 427) — Interpolation et contresens aboutirent à l'art. 1273. — (J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed°, n° 136, p. 511, *Histoire*).

(2) Cf. toutefois J. CARBONNIER *ibidem* in «politique législative», qui semble partisan d'un renforcement de cette exigence pour éviter les novations dissimulées ou captieuses devenues aisées en raison de l'adoption du consensualisme.

(3) Cf. P. JAUBERT : *J. Cl. civ.*, art. 1271-1281 (1963), fasc. III, n° 11 et suiv., l'abondante doctrine et la jurisprudence citées. — C. PACTET : *De la réalisation de la novation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1975, pp. 435 à 458 et 643 à 659 (suite et fin), spécialement n° 29, p. 457.

(4) Req. 13 novembre 1877, D. P. 1878, 1, 300 ; S. 1878, 1, 415 ; Limoges 15 juin 1888, S. 1901, 2, 130. — Adde : *infra* n° 243.

dans d'autres (1). La caution sera libérée au cas où la novation est admise, sans que l'on puisse lui opposer l'article 2039 C. civ. qui ne peut jouer puisque l'obligation cautionnée a été éteinte par les parties (2). D'une façon générale les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation de l'intention de novover (3). Disposant de peu d'éléments d'appréciation, ils se réfèrent aux divers actes effectués par les parties, mais aussi et surtout à la nature du changement eu égard à la nature des obligations (4). Ils ont ainsi recours à l'élément matériel, qui sert de «révélateur» de l'intention novatoire.

b) La preuve de l'élément matériel de la novation

123. — Changement de cause. Il n'y a novation que si l'apparition d'une obligation nouvelle entraîne l'extinction de l'obligation ancienne qu'elle remplace. La novation nécessite donc deux obligations distinctes et une différence entre elles deux (*aliquid novi*). La preuve des deux obligations ne présente en elle-même aucune particularité, sinon qu'elles doivent toutes deux être valables (5). En revanche l'élément nouveau est déterminant ; or son contenu fait parfois difficulté.

L'élément nouveau, la différence entre les deux obligations, doit consister en un changement affectant la cause, l'objet ou les modalités du rapport juridique. Le changement de cause est assurément le plus délicat à mettre à jour (6). Que la cause soit ici entendue au sens de cause finale (but visé par les parties) ou au sens de cause efficiente (origine de l'engagement) (7), elle

(1) Paris, 20 décembre 1966, *Rev. Jurisp. com.* (journ. agréés) 1967, p. 530. — Trib. com. Seine 5 novembre 1935, *Gaz. Pal.* 1936, 1, 27.

(2) Cf. sur ce point L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed°, Paris, Pedone 1895, n° 251, p. 284.

(3) Jurisprudence constante depuis Req. 27 juillet 1820, *S. chron.* VI, 1, 283 ; cf. spécialement Civ. 16 février 1959, *Bull. Civ.* 1959, I, n° 92, p. 78 et Civ. 17 juin 1971, *D.* 1971, 545, note J. GHESTIN. — Pour une application à la demande de l'avaliseur : cf. Com. 26 juin 1972, *Bull. civ.* 1972, IV, n° 202, p. 195.

(4) Cf. par ex. : Civ. 16 février 1959, *Bull. civ.* 1959, I, n° 92, p. 78. Le créancier et le débiteur avaient modifié le mode de calcul du loyer cautionné. Les juges ont pu y voir une novation car l'opération «substituait à une créance discutable une créance certaine».

(5) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 7^e ed°, n° 1258 et suiv., pp. 664 et suiv. — J., L., J., MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 1214 et suiv., pp. 1114 et suiv. — C. PACTET : *De la réalisation de la novation*, art. précité n° 13 à 17, pp. 445 à 448 qui émet une réserve pour l'obligation annulable (nullité relative).

(6) J. BOULANGER : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^e ed°, V° NOVATION, 1953, n° 36. — A. RIEG : *ibidem*, 2^e ed°, 1973, n° 33.

(7) Cf. sur ce point les opinions divergentes de G. RIPERT et J. BOULANGER d'une part (t. 2, n° 172, p. 637) pour lesquels les deux sens sont utilisables, et d'autre part H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART (t. 2, 5^e ed°, n° 1222, p. 1116) et J. CARBONNIER (t. 4, 8^e ed°, n° 136, théorie juridique - c, p. 512) pour lesquels seul le sens de cause efficiente peut être retenu.

demeure un élément psychologique et impalpable que la caution aura bien du mal à faire apparaître (1).

Or c'est le changement de cause qui est le plus dangereux pour la caution. La prestation cautionnée étant toujours due, mais pour des raisons différentes, les risques d'inexécution peuvent être aggravés. Très souvent la caution qui accorde sa garantie le fait en fonction des tenants et des aboutissants de l'opération. En modifiant l'un des éléments de l'obligation, souvent l'élément déterminant, les parties troublent le contexte de l'opération et aggravent le sort de la caution (2). Il est donc normal de permettre à cette dernière de faire apparaître la qualification de novation, même contre la volonté des parties.

124. — L'importance du changement. Les novations par changement d'objet ou de modalités de l'obligation posent surtout le problème du critère de l'importance du changement (3). Si le changement des modalités de paiement ne peut constituer une novation (4), le changement de la monnaie de paiement serait susceptible d'emporter la novation, mais seulement dans une situation de contrôle des changes (5). Ceci montre que l'importance du changement n'est pas appréciée sur le seul plan quantitatif et que la recherche de l'intention des parties y joue un rôle important.

Lorsque le changement n'a pas été suffisamment important pour entraîner la novation, la caution reste tenue, mais elle est protégée contre l'aggravation de son engagement par l'article 2015 C. civ. (6).

C'est en vigueur du même critère d'importance du changement que l'adjonction ou la suppression d'une caution supplémentaire a cessé d'être une cause de novation. Dans la Rome classique, la stipulation de la caution, qui promettait la même chose que le débiteur, avait pour conséquence d'éteindre cette

(1) D'autant que le changement de cause n'est parfois qu'un lent glissement d'une situation de fait à une autre. Cf. l'exemple proposé par B. MERCADAL d'un contrat d'entreprise se transformant en contrat de travail parce que l'un des contractants devient insensiblement le subordonné de l'autre (*Introduction à la pratique des affaires*, Paris, Ed^o juridiques F. LEFEBRE, 1975, n° 153, p. 140).

(2) Cf. par exemple Com. 30 octobre 1968, Bull. Civ. 1968, IV, n° 302 (motifs). En l'espèce la caution avait garanti l'obligation du dépositaire de céréales. Celui-ci les ayant vendues avant même de les avoir achetées, la caution était poursuivie en paiement de leur valeur. Elle invoqua pour se libérer la novation du dépôt en vente, et obtint gain de cause.

(3) A. RIEG : op. cit., n° 31.

(4) Cf. P. SIMLER : op. cit., et la jurisprudence constante citée in n° 78 ; pour l'émission d'effets de commerce, cf. M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, Paris, Litec 1973, n° 56, pp. 189 et suiv.

(5) J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed^o, n° 136, p. 513. — A. WEILL : *Les obligations* (1971), note 1, p. 953.

(6) Son efficacité est cependant limitée en cas de cautionnement général : cf. par ex. Com. 8 mars 1971, D. 1972, 262, note D. CLAIROUIN-TOUCHARD ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 432, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : le cautionnement a été reporté d'un compte courant sur un autre. (La novation ne semble pas avoir été invoquée par les cautions qui ne plaident que sur l'art. 2015 C. civ.).

obligation puisque il ne pouvait être dû deux fois la même chose (1). Pour remédier à cet inconvénient, il fallait engager la caution en même temps que le débiteur. Avec l'apparition de l'*animus novandi* d'abord (époque classique), puis le triomphe du consensualisme sous JUSTINIEN, la novation ne pouvait exister qu'en cas de volonté claire de *nover* (2).

A compter de ce moment-là il devenait difficile de retenir la conception ancienne : comment penser en effet que le créancier qui ajoute un cautionnement à sa créance désire en même temps libérer les autres ? Malgré l'évidence de ce raisonnement, JUSTINIEN reproduit dans ses *Institutes* l'opinion classique de GAIUS et des Sabinien en la transportant à la *fidejussio* (3). L'artifice étant ensuite rejeté, l'adjonction ou la suppression d'une caution ne libérera plus les *cofidéjusseurs* (4).

125. — Critère de l'incompatibilité. Élément matériel et intellectuel sont intimement liés, l'un et l'autre se servant mutuellement de support. Souvent d'ailleurs l'intention novatoire est décelée à travers l'élément matériel. Plus que l'importance du changement matériel, c'est à notre avis l'incompatibilité entre les deux obligations (l'ancienne et la nouvelle) qui est déterminante (5). Tout aménagement qui ne rend pas l'obligation nouvelle incompatible avec l'ancienne (prorogation de terme, adjonction de sûreté, changement des modalités de paiement, etc...) ne suffit pas à créer la novation dans le silence des parties.

C'est pour cette raison que l'hypothèse échafaudée par certains d'une caution qui ne réussirait pas à établir l'*animus novandi* malgré l'évidence du changement matériel ne nous paraît pas réalisable (6).

Cette interpénétration entre éléments matériel et intellectuel protège la caution en évitant les situations iniques. Bien qu'étrangère à la novation de l'obligation principale, elle pourra mettre en œuvre le mécanisme extinctif et invoquer la protection qui en découle.

(1) J. MACQUERON : *Histoire des obligations*, précité, pp. 420 et 421.

(2) P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, t. 1, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2^e ed° (1969), n° 206, p. 230.

(3) J. MACQUERON : op. cit. p. 426.

(4) G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 1760, p. 637. — C. AUBRY et C. RAU par E. BARTIN : t. 4, 6^e ed°, § 324, p. 328, texte et note 32 sexies. — F. LAURENT : op. cit., t. 18, 4^e ed°, n° 278, p. 299.

(5) En ce sens : Req. 12 mars 1901, D. 1903, 1, 349. — Civ. 8 juillet 1902, D. 1905, 1, 95. — et les auteurs germaniques : Cf. P. ENGEL : *Traité des obligations en droit suisse*, précité (1973), n° 238, D., p. 238.

(6) G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 1758, p. 636 ; H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 1213 et 1114.

A poursuivre le raisonnement qui refuse alors d'amalgamer les deux obligations incompatibles, il faut admettre, au cas d'unité d'objet, que le créancier n'a qu'une obligation alternative (car il ne peut demander deux fois la même chose). La caution, qui ne garantirait par hypothèse qu'une branche de l'option, serait libérée au cas où le créancier choisirait l'obligation nouvelle, ce qui est infiniment probable.

B — Les effets de la décharge qu'entraîne la novation

126. — L'extinction. Le Code civil a prévu et réglementé le sort de la caution au cas de novation de l'obligation garantie. Posant d'abord le principe de la libération automatique, il a apporté aussitôt un tempérament prévoyant implicitement la possibilité d'un report du cautionnement sur la nouvelle obligation.

Le principe de la libération est contenu dans l'article 1281 al. 2 C. civ. : «la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions». Point n'était cependant besoin d'une telle affirmation puisque le jeu de la règle de l'accessoire suffit à lui seul à entraîner la même conséquence. Le fondement ainsi révélé de cette règle permet d'en mesurer la portée : en cas de novation partielle (par exemple seule une fraction de la dette sera assortie d'une condition résolutoire ou suspensive), la caution ne sera libérée que dans la proportion de la novation. Elle restera tenue pour la partie non modifiée de la dette et ne pourra, malgré la généralité des termes de l'article 1281 al. 2 C. civ., se prétendre totalement déchargée.

127. — Accession à la nouvelle dette. Toutefois la caution qui consent à garantir la nouvelle créance perd le bénéfice de cette libération. Le législateur a implicitement validé le principe de l'accession de la caution «au nouvel arrangement» (1) mais n'en a pas organisé le régime.

La seule certitude consiste dans la nécessité de l'accord de la caution, pour les cautionnements tant personnels que réels (2), tant simples que solidaires (3). Seul cet accord peut expliquer que l'accessoire se détache du principal pour lui survivre.

La portée de ce consentement fait davantage difficulté. L'accession a-t-elle pour conséquence de reporter l'ancien cautionnement ou d'en créer un nouveau ? La question n'a d'intérêt que pour les cautionnements réels, les seuls pour lesquels la règle «prior tempore...» donne quelque importance à l'ancienneté. Dans le silence des parties, d'autant plus plausible que l'accord peut être tacite (4) et qu'il est souvent réduit à la plus simple expression, une solution générale s'impose. La notion même d'accession entraîne à conserver le vieil engagement de cautionnement, dans le respect de l'économie des moyens et de la protection de la caution qui conserve les limitations qu'elle avait pu

(1) Art. 1281, al. 3, C. civ.

(2) H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 1229, p. 1119, et t. 3, 4^e ed°, vol. 1, n° 559, p. 511. — A. RIEG : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., V° NOVATION, 2^e ed° (1973), n° 52.

(3) P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 75. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, n° 115, p. 107 in fine.

(4) La solution a été donnée en matière d'aval : Civ. 15 juillet 1912, S. 1913, 1, 36.

stipuler et les exceptions qui avaient pu naître auparavant. L'on ne saurait faire produire à une volonté incertaine, confuse ou tacite, des effets novatoires lorsque l'article 2015 C. civ. exige pour tout cautionnement neuf une volonté expresse. Le vocabulaire des auteurs parlant de «maintien», ou «report» du cautionnement qui «subsiste» ou «survit» (1) est en ce sens (2).

Le problème rebondit lorsque l'accord de la caution survient bien après la novation de l'obligation principale. L'on doit alors considérer que la novation a produit tout son effet et donc éteint l'engagement principal et son accessoire. La solution a été dégagée à propos du transfert des sûretés réelles (3) et doit être transposée aux sûretés personnelles (4).

Au cas d'accession, la novation perd son pouvoir libératoire et par là-même son intérêt. Peu utile aux parties, elle est en général un vêtement juridique rajouté à l'instigation des tiers (5). Le centre d'intérêt de la novation s'est ainsi transféré. La satisfaction que le créancier trouve à la modification de l'engagement est atténuée par ce mécanisme extinctif souvent redouté. La même situation se reproduit à l'identique au cas de transaction, aggravée par les résonnances contentieuses de cet événement.

Paragraphe 2

LA TRANSACTION

128. — **Éléments constitutifs.** L'éthymologie du terme «transaction» (du latin *transigere* : mener à bonne fin) explique comment le même mot désigne à la fois une opération commerciale ou boursière (et même, selon

(1) Cf. par exemple : M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1550. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, n° 840 in fine, p. 845.

(2) Contra : G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 1771, 1^o, p. 639 : «il faut obtenir le consentement (des cautions), car c'est en définitive un nouveau cautionnement qu'on leur demande». P. SIMLER : op. cit., n° 73 et n° 80.

(3) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1269, p. 674, texte et note 2.

(4) Cf. pour une novation par changement de débiteur : Civ. 16 novembre 1971, Bull. civ. 1971, I, n° 289, p. 247 ; J.C.P. 1972, II, 17035, note P. SPITERI. Le délai séparant la novation de l'accord de la caution était de quatre mois.

(5) En cela elle serait un bon exemple en faveur de l'*Erklärungstheorie* selon laquelle tous les actes n'ont qu'une finalité économique, la finalité juridique étant rajoutée par surcroît.

le bon sens commun, toute opération économique)(1) et une notion technique. Telle que définie par l'article 2044 C. civ., la transaction est une convention par laquelle les parties préviennent ou terminent un litige.

L'opposition apparente des deux acceptions s'efface devant l'unité de leur essence (2) : il n'y a de transaction, au sens économique comme au sens juridique, que s'il y a des sacrifices mutuels, des concessions réciproques. C'est par ces concessions que s'explique l'attitude des parties ; c'est dans leur contenu qu'il faut trouver la cause de leur engagement et la satisfaction du créancier.

Ces concessions satisfaisantes, élément essentiel de la transaction (3), lui confèrent ses principaux caractères (4). Ainsi la réciprocité nécessaire de ces concessions entraîne le caractère onéreux du contrat de transaction. De même la notion du dépouillement qu'évoquent ces sacrifices n'est pas sans rappeler celle de renonciation ; or ce terme de renonciation revient fréquemment sous la plume des auteurs ayant consacré une étude à la transaction et influe incontestablement sur le régime juridique de la transaction (5).

(1) L'acte sous seing privé de vente d'immeuble n'est-il pas appelé en pratique, le compromis ? Sur les éléments transactionnels du compromis, cf. : R. VERDOT : *Le « compromis de vente » sous seing privé dans la vente d'immeuble*, in : *L'immeuble urbain à usage d'habitation* (ouv. coll. Direction J. CARBONNIER, L.G.D.J. 1963, Bibl. dr. privé, t. 49), pp. 335 à 365, spécialement n° 1 à 6, pp. 337 à 343. — Adde, R. NERSON : *La « solennisation » de la vente d'immeubles*, Mélanges L. JULLIOT de la MORANDIERE, Dalloz, 1964, pp. 400 à 420, spécialement p. 408. — M. DAGOT : note au J.C.P. 1975, II, 17936 sous Civ. 13 mars 74.

(2) Ceci ajoute encore, s'il en était besoin, à la liste des exemples déjà fournie de termes juridiques qui plongent leurs racines dans le langage courant. Comme le font très justement remarquer deux auteurs « le Droit est si étroitement lié aux manifestations spontanées des groupes sociaux que les instruments de la pensée juridique ont été puisés parmi les termes les plus courants, les plus communs, ceux de la vie quotidienne ». (R. GUILLIEN et J. VINCENT : *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1^e ed°, 1971. Avertissement à la 1^e ed° (24 juin 1970), p. IV).

(3) Cf. sur ce point J. de GAVRE : *Le contrat de transaction*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 29, p. 54, texte et note 150 comportant une intéressante bibliographie en droits belge et français. — Adde : F. BOULAN : *La transaction en droit privé positif*, Thèse, Aix, 1971, dactyl., 484 p.. Cet auteur consacre l'intégralité du titre premier de la seconde partie de son ouvrage à analyser « les concessions réciproques : procédé de réalisation de la transaction », n° 187 à n° 347, pp. 177 à 339.

(4) Mr F. BOULAN précise d'ailleurs : « Du point de vue de la qualification juridique, le rôle des concessions réciproques (*qui s'identifient...* avec le mécanisme de la transaction...) est même prépondérant ». (Thèse précitée n° 347, p. 338) ; et encore : « non seulement il ne peut y avoir de transaction en dehors d'elles, mais elles sont le critère distinctif de la transaction »... (ibidem).

(5) Pour Mr L. BOYER, la transaction est une renonciation au droit d'action (*La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1947, Paris, Sirey (1947), p. 47 et suiv. ; et *Encycl. Dalloz*, Rep. Dr. civ., V° TRANSACTION, 1^e ed°, 1955, n° 17. — Pour Mr R. MERLE, c'est la reconnaissance du droit du partenaire, et donc la renonciation à sa propre prétention, (*Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1949, Paris, Rousseau (1949), n° 137, p. 189 à 191). — Contra, F. BOULAN : Thèse précitée, n° 224 à 229, pp. 223 à 227. Cet auteur remarque très judicieusement que la nature contractuelle de la transaction interdit le recours à la notion d'acte unilatéral de renonciation. En réalité, la transaction engendre des obligations de faire ou de ne pas faire qui constituent les concessions réciproques des parties. (ibidem).

Cependant l'effacement du passé n'est pas le seul résultat de la transaction. Dans l'accord transactionnel, opération complexe, souvent insérée dans un complexe de contrats (1), la volonté des parties modifie le contexte économique et juridique des droits et prétentions qui constituent la matière de la transaction. Et là apparaissent les deux pierres de touche de l'analyse de la transaction : d'une part la volonté des parties, toute de supputations, d'évaluations et de concessions (2) ; d'autre part la matière même de la contestation, qui peut avoir une influence sur le sort du cautionnement.

129. — Rôle de la volonté. La puissance de la volonté individuelle est rendue plus sensible dans la transaction du fait de la multitude de données psychologiques qui s'intègrent à l'opération juridique pour en constituer la cause (3). L'intention des parties est prise en considération et servira de support à la qualification de l'acte tout entier comme de ses différents articulats. C'est dans la volonté des parties telle qu'elle s'est manifestée ou telle qu'elle a été recherchée que le juge trouvera les critères de qualification (4).

La distinction entre novation et transaction est parfois malaisée, le but étant le même : procurer une satisfaction au créancier à travers la modification de l'engagement originaire. La volonté d'effacer le passé est souvent identique (5), mais les effets peuvent en être différents : si la créance est novée dans sa totalité, la caution est totalement libérée, quand bien même la créance nouvelle serait d'une valeur proche de l'ancienne. Au contraire la même opération qualifiée de transaction n'entraînera qu'une extinction partielle, à proportion du droit abandonné.

Le problème est souvent posé aux juges et ils le résolvent grâce aux éléments de l'espèce. Ainsi ont-ils pu voir dans le remplacement d'une créance *contestée* par une créance *certaine et forfaitaire* une novation (qui libérerait totalement la caution) et non une transaction (5).

130. — Influence de la contestation réglée. Le second élément de la transaction qui recouvre, pour l'extinction du cautionnement, une importance particulière, est la nature de la contestation. Suivant qu'il s'agit de régler

(1) Cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1568, p. 1017.

(2) Sur les ambiguïtés de la position de chacune des parties à la transaction, cf. notamment : R. MERLE : Thèse précitée, n^o 133, p. 186 et n^o 138, pp. 191 et 192, et L. BOYER : thèse précitée, *passim*.

(3) Cf. L. BOYER : thèse précitée, pp. 103 et suiv.

(4) Sur les pouvoirs du juge du fond et le contrôle de la Cour de cassation au regard de la qualification de transaction, cf. : F. TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, 1955, L.G.D.J. (1956), (Bibl. dr. pr., t. 2, préf. R. Le Balle), n^o 674, p. 542 et n^o 687, p. 553.

(5) Cf. la formule de C. BEUDANT par R. RODIERE : «La transaction doit être un creuset d'oubli». Cours de droit civil français, t. 12, 2^e ed^o, Paris, Rousseau, 1947, n^o 345, p. 386.

(6) Civ. 16 février 1959, Bull. civ. 1959, I, n^o 92, p. 78.

un problème d'existence du droit litigieux, ou qu'il s'agit de modifier l'étendue de ce droit, le sort du cautionnement en sera affecté.

Le plus souvent en effet la transaction concerne l'étendue de la créance contestée. Le débiteur principal ou la caution reconnaissent devoir quelque chose au créancier mais mettent en question son calcul. Les accessoires de la créance (intérêts, frais, pénalités) ou son montant même font l'objet de discussions. Il est fort rare que les parties en viennent au procès : elles transigent. Le contentieux judiciaire, et surtout le contentieux publié, est peu nourri d'affaires de ce genre, la transaction étant généralement respectée ensuite (1). Il nous a été toutefois confirmé par les services juridiques des créanciers professionnels que le nombre des transactions est très important au regard de celui des contentieux judiciaires. Que la transaction ait lieu avec la caution, ce qui est le plus fréquent, ou avec le principal obligé, l'extinction du cautionnement a toujours lieu au prorata des sommes abandonnées (2).

Lorsque la transaction porte sur l'existence même de la créance, le problème se présente différemment, non pas pour la transaction affectant le cautionnement, mais pour celle qui concerne l'obligation principale. La caution, tiers par rapport à la transaction, mais intéressée au sort de l'obligation garantie, peut-elle invoquer le bénéfice d'une transaction ? La réponse passe par la détermination du contenu de la transaction (A) et de sa portée (B).

A — Contenu de la transaction affectant l'obligation garantie

La transaction peut porter sur l'obligation garantie elle-même et c'est l'hypothèse la plus évidente (a). Mais elle peut également concerner d'autres droits et n'englober le droit cautionné qu'incidemment : le créancier va le jeter dans la balance, à titre de concession, pour obtenir l'accord du débiteur (b). La différence du contenu de la transaction est susceptible d'influencer le régime de l'extinction du cautionnement.

(1) Quelques exceptions viennent confirmer la règle : cf. Com. 23 mai 1970, Bull. Civ. 1970, IV, n° 169, p. 150. Le créancier d'une société avait déchargé la caution (le P.D.G. de la société) de toute responsabilité au titre de son engagement contre paiement d'une somme forfaitaire. Le règlement de la somme a entraîné l'extinction du cautionnement, malgré le regret tardif du créancier.

(2) Et la règle vaut même en matière cambiaire où le donneur d'aval peut exposer les exceptions appartenant au débiteur garanti.

a) Transaction portant principalement sur l'obligation garantie

Le doute et le litige qui sont les éléments générateurs de la transaction (1) peuvent affecter tantôt le rapport juridique cautionné (1°), tantôt le titulaire du droit de créance (2°).

131. — Transaction sur l'existence du droit. 1° *Si le litige porte sur le droit lui-même*, la transaction peut y mettre fin de deux façons : soit en constatant l'inexistence de ce droit, soit en constatant son existence. Dans la première hypothèse, inexistence du droit, la transaction aboutit à une disparition du droit. Peu importe la nature exacte de l'extinction : elle fait disparaître le droit cautionné. La simple application de la théorie de l'accessoire permet donc de considérer la caution comme libérée. Faute d'un support solide, le cautionnement, même valable, ne peut survivre, il devient caduc et disparaît.

La situation est différente si la transaction débouche sur la reconnaissance de l'existence du droit cautionné. Le sort du cautionnement est lié à l'effet que l'on attribue à la transaction.

Lui reconnaître un effet novatoire libérerait la caution malgré la survie du droit contesté (2). En droit positif toutefois, l'effet novatoire n'est pas l'effet naturel de la transaction (3) ; mais il peut en être un effet exceptionnel dû à la volonté explicite des parties (4).

Tout au contraire il faut accorder à la transaction un effet déclaratif (5). Si on appliquait cet effet, le cautionnement d'une dette dont l'existence est certifiée sortirait renforcé de l'opération. Non seulement la caution ne pourrait invoquer la transaction comme événement libératoire, mais encore elle perdrait une chance de voir l'obligation principale s'éteindre minée par la contestation du renonçant.

D'une situation douteuse dont elle pouvait espérer retirer une exception opposable au créancier, la caution se trouve donc transportée dans une situation nette où le créancier dispose d'un droit raffermi et invulnérable. Or elle n'a

(1) R. MERLE : *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse précitée, n° 132 et 133, p. 181 et suiv.

(2) C'est indirectement le parti retenu par les juges dans l'espèce jugée le 23 mai 1970 par la Chambre Commerciale (cf. supra note 1 page précédente).

(3) C. BEUDANT par R. RODIERE : op. cit. t. 12, 2^e ed°, n° 360 — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1590, pp. 1043 et 1044. — R. MERLE : thèse précitée. — L. BOYER : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^e ed°, V° TRANSACTION, n° 140.

(4) Cf. L. BOYER : Thèse précitée, pp. 340 à 343 : « l'effet novatoire qui peut résulter de la transaction ne tient pas à la nature juridique du contrat, mais seulement à la volonté des parties ».

(5) Cf. sur l'évolution de la doctrine l'étude exhaustive de Mr L. BOYER (thèse précitée, pp. 264 à 327) et l'exposé plus condensé de Mr R. MERLE (thèse précitée, n° 105, p. 153 à n° 131, p. 180). Ajoute plus récemment l'exposé extrêmement complet et sagace de Mr F. BOULAN (thèse précitée, n° 372, p. 371 à n° 457, p. 440). Cet auteur conclut lui aussi à la nature déclarative de la transaction.

pu participer aux tractations qui ont débouché sur la transaction ; elle n'a pu faire entendre sa voix. Plus grave encore, elle ne bénéficiera aucunement des avantages que le débiteur principal retirera de la transaction, avantages qui constituent la contrepartie de sa renonciation à soulever certaines exceptions.

Envisagée du point de vue de la caution, la transaction se présente comme une renonciation pure et simple du débiteur à invoquer des événements ou arguments libératoires. A notre avis, il convient d'appliquer sur ce point les solutions retenues en matière de renonciation. La caution conserve alors la possibilité d'invoquer les faiblesses ou vices de l'obligation principale sans que l'on puisse lui opposer la transaction consentie par le débiteur (1).

132. — Transaction sur la titularité du droit. 2° Lorsque le litige concerne la titularité du droit, le cautionnement est maintenu ou éteint suivant l'issue de la transaction. L'hypothèse de raisonnement est celle d'une transaction entre deux personnes qui se prétendent titulaires de la même créance ; la caution est personnellement engagée envers un seul des deux litigants.

Si le créancier bénéficiaire du cautionnement réussit à convaincre son partenaire de la réalité de sa qualité, le cautionnement demeure attaché à l'obligation principale qui sort renforcée de cette transaction. Dans l'hypothèse inverse, si la qualité du créancier est perdue par le bénéficiaire du cautionnement pour passer sur la tête de son opposant, qu'advient-il de la sûreté personnelle ?

On pourrait envisager un transfert de tous les droits de l'un à l'autre des intéressés, sur le mode d'une cession de créance. Mais une telle solution ne répond pas aux normes des effets juridiques de la transaction. Cette convention ne peut avoir, par principe, aucun effet translatif. L'ingénieuse théorie proposée par Mr CHEVALLIER qui voit dans la transaction une cession de droits litigieux n'est pas entrée en droit positif (2). Le titulaire de la créance n'est pas l'ayant-cause de son partenaire à la transaction ; il ne peut donc pas utiliser contre le tiers les titres de son cocontractant (3).

Par application de son effet déclaratif, cette transaction conduit à l'extinction du cautionnement. Puisque le nouveau titulaire de la créance est considéré comme ayant eu cette qualité de tous temps et puisqu'il n'a jamais contracté avec la caution, il n'a pas de droit de créance à son encontre. De son côté la caution se trouve engagée envers un individu qui n'a jamais eu la qualité de créancier (effet rétroactif de la transaction (4)) : son engagement devient en conséquence caduc.

(1) La pratique peut atténuer les effets de cette solution en appelant la caution à la transaction, ou en lui demandant d'en ratifier les termes et donc de renoncer aux moyens abandonnés par le débiteur.

(2) Cf. L. BOYER : Thèse précitée, pp. 329 et suiv.

(3) R. MERLE : Thèse précitée, n° 141, p. 195.

(4) R. MERLE : Thèse précitée, n° 149, p. 201.

b) Transaction portant accessoirement sur l'obligation garantie

133. — Variation du sort du cautionnement. L'obligation principale sera l'objet accessoire de la transaction lorsque le titulaire du droit, c'est-à-dire le créancier, s'en servira en guise de contrepartie pour arracher une transaction sur un autre droit litigieux. La transaction ne concerne donc pas directement le droit cautionné, qui n'a jamais été litigieux et dont l'existence n'a jamais été discutée. Elle va cependant l'englober incidemment et lui faire subir ses effets. L'influence de ces effets sur le cautionnement est fonction du contexte de la transaction.

Si la transaction se déroule entre le créancier et le débiteur principal, l'abandon de la créance cautionnée doit s'analyser en une renonciation à ce droit, en une remise de dette. En application du régime de ces événements, le cautionnement est éteint.

Si la transaction met aux prises le créancier bénéficiaire du cautionnement et un tiers, l'abdication par le créancier de son droit au profit de son cocontractant doit s'analyser en une cession de créance. Cette qualification est possible à l'intérieur d'une transaction, soit de la volonté expresse des parties (1), soit pour désigner une opération visant des droits litigieux (2). Il n'est pas douteux que, dans l'hypothèse envisagée, les parties aient désiré transmettre l'obligation et son cautionnement. Cette interprétation est la seule susceptible de conserver à l'obligation cédée en contrepartie d'un avantage transactionnel une valeur lui permettant de tenir lieu de prix.

Voici donc dressé le tableau des effets que la transaction produit sur l'obligation garantie et sur le cautionnement. Chaque situation a entraîné une qualification différente et chaque qualification impose sa solution propre. La transaction se trouve écartelée entre ces multiples régimes, tout comme elle est écartelée entre les multiples analyses : renonciation au droit d'action (3) ou au droit litigieux (4), renonciation recognitive (5), remise de dette moyennant contrepartie (6). La dernière analyse voit dans la transaction un contrat «qui ne déroge aux règles du droit commun des conventions que d'une manière limitée» (7).

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1591, p. 1045.

(2) H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 3, vol. 2, 4^e ed^o (1974), n^o 1650 in fine, texte et note 9.

(3) L. BOYER : Thèse précitée, p. 47 et suiv. et V^o TRANSACTION de l'*Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^e ed^o, n^o 17.

(4) C. BEUDANT par R. RODIERE : t. 12, 2^e ed^o (1947), n^o 345 in fine, p. 387 — J. de GAVRE : *Le contrat de transaction*, Bruxelles, Bruylant, t. 1 (1967), n^o 49, p. 78.

(5) R. MERLE : Thèse précitée, n^o 131 in fine, p. 180, et tous les partisans de la théorie classique de la transaction auxquels cet auteur fait référence.

(6) P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, n^o 114, p. 105 ; P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n^o 43.

(7) F. BOULAN : *La transaction en droit privé positif*, Thèse, Aix, 1971, dactyl., n^o 479, p. 459.

Suivant le contenu de l'accord transactionnel, suivant la nature des obligations qu'il fait naître, la transaction sera déclarative, translatrice ou constitutive de droits. L'éclatement de la notion retenue résume les efforts et tendances doctrinaux antérieurs ; il s'imprègne d'un pragmatisme efficace en face d'une matière fuyante ; plutôt qu'un aveu d'impuissance, c'est la reconnaissance des facettes multiples de cette institution. Cette diversité dans les effets n'affecte cependant pas la portée que la transaction développe à l'égard de la caution.

B — La portée de la transaction affectant l'obligation garantie

134. — Bénéfice pour la caution. La caution reste un tiers au contrat de transaction concernant l'obligation principale, mais un tiers intéressé. Bien qu'étant liée à cette obligation par la relation d'accessoire, elle ne saurait pâtir d'une aggravation de la charge décidée en dehors d'elle (art. 2015 C. civ.).

En revanche il apparaît comme fondamentalement équitable (au renfort de la règle de l'accessoire) de permettre à la caution d'invoquer une transaction allégeant l'obligation garantie. Ce droit est apparu d'une telle évidence aux rédacteurs du Code civil qu'ils ont refusé d'inclure un projet d'article précisant que «la caution peut se prévaloir des dispositions de la transaction qui seraient à la décharge du débiteur principal» (1). Le motif du rejet, exposé par BERLIER et BIGOT-PREAMENEU, réside dans la répétition qu'entraînerait ce texte de dispositions contenues dans le droit commun des conventions et du cautionnement (2).

La position de la caution est toutefois apparue menacée par l'interférence de la règle posée par l'article 2051 C. civ. Ce texte dispose en effet que «la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés...». Le sens de ce texte ne peut être appréhendé qu'à la lumière des travaux préparatoires. Tant dans le rapport fait au Tribunat par ALBISSON que dans les discours prononcés en séance du Corps législatif par GILLET, les orateurs ont nettement précisé que «dans ce mot «intéressés» la loi ne comprend pas les cautions, dont la décharge et les droits se règlent comme il est dit au titre «des cautionnements» (3). Cette règle de bon sens est entrée en droit positif (4) sur la base

(1) Cf. LOCRE : *La législation de la France*, t. 15, p. 405, art. 17 ; — P.A. FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, p. 93, art. 17.

(2) LOCRE : *ibidem*, p. 410, n° 14. — P.A. FENET : p. 97 in fine.

(3) LOCRE : *op. cit.*, t. 15, p. 434, n° 8 et p. 446, n° 6. — P.A. FENET : *op. cit.*, t. 15, p. 118, art. 2051, et p. 127, art. 2051.

(4) Paris, 30 octobre 1963, J.C.P. 1964, IV, p. 31, V° Cautionnement, D. 1964, Som. p. 13. Une doctrine unanime approuve l'exclusion de l'art. 2051 C. civ. en matière de cautionnement : cf. P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n° 44 in fine et les références citées.

de l'article 2036 C. civ. (1).

135. — Bénéfice pour l'avaliseur. La solution se répercute à l'identique en matière cambiaire. La transaction effectuée entre le porteur et le débiteur garanti pourra être invoquée par le donneur d'aval, même si le porteur présente en paiement un titre intact (2). La règle de l'accessoire d'une part, le respect de la finalité de la transaction d'autre part, imposent cette option. A quoi servirait la transaction si l'avaliseur devait payer la totalité et ensuite se retourner pour le tout contre le débiteur ?

Le formalisme cambiaire apporte tout de même une dérogation au droit commun, au cas où la transaction s'est déroulée entre le porteur et un signataire quelconque. Les coobligés autres que son avaliseur ne pourront pas opposer au solvens les résultats de la transaction (3) : ils sont tenus dans les termes du titre et doivent donc un règlement intégral, sauf à invoquer les mêmes arguments que le solvens s'ils étaient attachés au titre.

136. — Rôle de la satisfaction du créancier. La transaction effectuée par un cofidélusé obéit aux règles de la logique, en matière de droit commun comme en matière cambiaire. Si elle a été alimentée par des arguments propres à l'obligation principale, elle a modifié celle-ci et son résultat pourra être invoqué par les autres cautions. Si au contraire elle n'a concerné que l'obligation personnelle des cofidélusés, elle n'a pas pu éteindre les autres cautionnements. Le cofidélusé solvens a donc un recours pour le tout, comme s'il avait payé l'intégralité de la dette.

Quant au créancier, il ne saurait réclamer le complément à un autre garant. Il a en effet obtenu une satisfaction intégrale, partie par le paiement, partie par les concessions obtenues dans la transaction.

La même interdiction d'une «sur-satisfaction» justifie l'inefficacité des réserves que le créancier insérerait dans une transaction avec le débiteur principal pour ménager ses droits contre la caution. De telles réserves unilatérales sont par principe inefficaces (4) : la caution, même solidaire, n'est pas représentée

(1) Jurisprudence et doctrine vont même jusqu'à l'étendre, sans l'appui de ce texte, au codébiteur solidaire : cf. Civ. 27 octobre 1969, D. 1970, J. 12 ; Journ. Not. Avoc. 1970, p. 1434, note J. VIATTE ; Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 169, n° 9, obs. Y. LOUS-SOUARN ; a fortiori doit-on l'appliquer à la caution, solidaire comme simple.

(2) Dans un litige portant sur l'existence de la dette et définitivement clos par une transaction laissant subsister la dette à concurrence d'une somme déterminée, la transaction ainsi conclue entre le tireur et le tiré put être invoquée par le donneur d'aval du tiré. Com. 9 novembre 1970, Bull. Civ. 1970, IV, n° 259 ; D. 1971, Som., p. 46, Vis Lettre de change. Pour une solution identique dans l'hypothèse d'une transaction ayant entraîné diminution de la dette : cf. Amiens 25 avril 1973, J.C.P. 1973, IV, p. 433, Vis Caution - cautionnement ; Banque, 1974, p. 315, som.

(3) En ce sens : P.A. SIGALAS ; Thèse précitée n° 194, p. 176.

(4) Cf. supra pour la dation en paiement, n° 96.

par le débiteur principal (1) et les théories échafaudées pour le cas des réserves assortissant une remise de dette sont inapplicables (2).

Au solde, donc, c'est à travers la satisfaction du créancier que s'apprécie l'effet extinctif des modifications de l'engagement. Lorsque cette satisfaction résulte d'une contrepartie incluse dans l'opération modificatrice, comme en cas de novation et de transaction, le cautionnement est éteint à proportion de cette satisfaction. La règle vaut aussi bien pour les modifications affectant l'obligation principale que pour celles qui affectent l'engagement personnel de la caution.

En faisant reposer l'extinction du cautionnement sur la satisfaction du créancier l'on assure à celui-ci un respect total de ses intérêts légitimes. Cette conséquence logique se retrouve même lorsque la satisfaction est extérieure à l'événement extinctif, comme dans la remise de dette.

SECTION II

LA MODIFICATION DE L'ENGAGEMENT AVEC SATISFACTION DISSOCIÉE : LA REMISE DE DETTE

137. — Remise et libéralité. Ce n'est pas la volonté de dépouillement dont elle est le fruit qui conduit à classer la remise de dette parmi les actes abdicatifs, mais bien son caractère extinctif (3). La remise de dette est un acte à finalité extinctive, mais qui se distingue surtout par son caractère abstrait. La remise de dette ne fait pas apparaître la contrepartie qui la justifie parfois : elle n'intègre pas la satisfaction du créancier parmi ses éléments de validité. Parce qu'elle est ainsi dissociée de sa cause (au sens objectif du terme) elle peut être le rouage de deux opérations fort différentes.

(1) La représentation ne joue qu'in favorem : cf. Civ. 27 octobre 1969 (précité note 1, p. 150) et les observations en ce sens d'Y. LOUSSOUARN (Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 169, n° 9). En l'espèce, la transaction avait été conclue par l'un des codébiteurs solidaires.

(2) Leur impuissance, même en matière de remise de dette, les rend d'ailleurs inoffensives ; cf. infra n° 143.

(3) Cf. en ce sens Y. SEILLAN : *L'acte abdicatif*, Rev. trim. dr. civ. 1966, pp. 686 à 735, spécialement n° 29, pp. 707 et 708, qui ne retient cette qualification qu'après avoir longuement hésité en raison du caractère conventionnel de la remise.

La remise de dette peut d'abord réaliser une donation, sans même qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de donation indirecte (1). La libéralité réside dans le don de la valeur économique de la créance : il y a enrichissement du débiteur-donataire parce qu'il évite une dépense (2).

La volonté de renoncement qui anime le créancier-donateur évite généralement toute difficulté. Le débiteur principal ou la caution à qui il serait ainsi fait abandon de leur dette sont libérés dès leur acceptation (3). Si la remise est accordée au principal obligé, le cautionnement devient caduc. Si la remise est accordée à la caution (4), celle-ci est totalement libérée pour le montant de la remise (5) ; ses cofidélusés sont déchargés de la part virile qui incombe au bénéficiaire de la remise (6) ; quant au débiteur principal, il demeure toujours tenu.

La remise de dette libérale est certes envisageable, même dans un monde des affaires qui craint les actes gracieux (7). La remise de dette qui trouve par ailleurs sa contrepartie est cependant plus naturelle. Le caractère gratuit

(1) Comp. P. VOIRIN : note au Dalloz 1939, 1, pp. 5 à 8, spécialement p. 8 qui assimile remise de dette et donation indirecte.

(2) Et en cette matière l'équivalence entre l'enrichissement positif (gain effectif) et la suppression d'une perte s'impose. La jurisprudence «Caisse rurale de la Commune de Manigod» (C.R. 11 mars 1914) propre au droit des sociétés est sans influence ici.

(3) Et cette acceptation peut se réaliser par un silence appréciable du bénéficiaire (Req. 29 mars 1938, D. 1939, 1, 5, note P. VOIRIN). — Sur l'interprétation de cette solution et son effet sur l'autonomie juridique de la remise de dette par rapport à la donation : cv. P. DIENER : *Le silence et le droit (Essai sur le silence en droit privé)*, Thèse, Bordeaux, 1975, dactyl., n° 150 et 151, pp. 157 à 159.

(4) La remise à l'avaliseur peut être effective par la conclusion d'un acte exprès, mais elle n'aura d'effet qu'à l'égard du signataire (en ce sens : P. SIGALAS : *Le cautionnement en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée n° 193, p. 176). Toutefois la remise d'un aval-par-acte-séparé devra s'effectuer par la restitution de l'engagement et aura pleine efficacité puisque l'engagement n'avait d'effet qu'à l'égard du remettant.

(5) Le créancier peut également se dépouiller à son profit de la créance principale : plus que remise de dette, il y a alors cession de créance qui réalisera, dans la personne de la caution, une confusion de qualités (cf. infra n° 306 et 314).

(6) Cf. : Civ. 13 juin 1939, D.H. 1939, p. 417, très net sur ce point, à juste titre malgré l'art. 1287, al. 3, C. civ. — Adde : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1312, p. 724, et référé. doct. en note 3. — D'autres auteurs, à l'encontre de l'arrêt précité, fondent cette solution sur le droit pour les cofidélusés d'invoquer la perte d'une subrogation dans les droits du créancier contre la caution déchargée (art. 2037, C. civ.) : C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, n° 143, p. 144 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1555, p. 1002. Cette voie détournée ne nous paraît pas la meilleure. — Plus récemment la Cour de cassation a fondé la solution sur l'art. 1285 al. 2, C. civ., consacré au codébiteur solidaire : Civ. 18 mai 1978, Bull. civ. 1978, I, n° 195 p. 157 ; J.C.P. 1978, IV, p. 218. (remise faite par une banque à un homme politique connu).

(7) Il y a néanmoins de sérieux obstacles : par exemple cette clause insérée dans une formule d'acte sous-seings privés qui interdit au créancier d'effectuer toute remise de dette à l'un des cofidélusés (LAINEY-LECOURT : *Formulaire d'actes sous-seings-privés*, 12^e ed°, V° Cautionnement, formule n° 1 (cautionnement conditionnel par plusieurs), p. 169 in principio).

n'étant pas de l'essence de la remise de dette (1), l'existence d'une satisfaction dissociée fait apparaître les remises dites « onéreuses ».

138. — Remise et satisfaction. Le deuxième type d'opérations que réalise la remise de dette est donc constitué par des conventions réciproques, telles la novation ou surtout la transaction. Interpréter la novation par changement d'objet comme une remise de la dette ancienne suivie de la création d'un nouveau rapport de droit nous paraît artificiel (2). En revanche la transaction est plus justement analysée en une remise de dette avec contrepartie. La remise est alors la concession qu'accepte le créancier (3).

Ces hypothèses de remise avec satisfaction dissociée montrent la voie à d'autres remises qui, sans être amalgamées à un contrat nommé, sont imprégnées d'onérosité. La mainlevée du cautionnement que le créancier n'accorde qu'à la condition de bénéficier d'une autre garantie, ou lorsqu'il sait que son recours contre le débiteur sera pleinement efficace, n'est pas démunie de satisfaction. Plus nette encore est la remise effectuée en contrepartie d'une prestation effective de la caution : cette hypothèse, proche de la transaction, est expressément visée par le Code civil (art. 1288) qui dispose qu'en ce cas le débiteur principal et les autres cautions sont libérés *pro tanto*.

La remise de dette apparaît donc soit comme l'expression d'une libéralité, soit comme le résultat d'un marché. Il n'y a pas de demi-mesure et une remise qui ne serait pas fondée sur l'intention libérale doit nécessairement fournir, par ailleurs et indépendamment, une satisfaction au créancier ; sans cela, elle ne saurait exister. L'effet extinctif de la remise doit en effet se rattacher à une cause qui ait pouvoir d'extinction : ce sera l'*animus donandi* dans un cas, la satisfaction économique dans l'autre ; hors de ces hypothèses, il n'y a pas d'efficacité.

139. — Régime d'extinction ; conséquences. Ces deux formes de remise s'intègrent fort aisément dans un régime unique. L'acte étant abstrait, les éléments de sa motivation n'ont pas d'influence. Dès qu'elle est parfaite,

(1) P. DIENER : *Le silence et le droit*, Thèse précitée, n° 150, p. 158 in principio.

(2) Cf. toutefois : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1304, p. 715.

(3) La concession, bien souvent partielle, s'explique par le besoin de certitude que recherche le créancier. Une créance, même fondée en droit, est très fragile en fait (longueur et coût des procédures pour l'obtention d'un titre exécutoire ; aléas de l'exécution contre un débiteur insolvable,...). En acceptant de réduire sa créance, le créancier obtient en contrepartie un renforcement de son droit par la reconnaissance et l'acceptation d'exécution qu'en fait le débiteur. La satisfaction du créancier est contenue dans le fait qu'il évite des frais et des délais.

la remise éteint l'obligation qu'elle concerne (1). Si elle porte sur l'obligation principale, la règle de l'accessoire répercute aussitôt sur le cautionnement l'effet extinctif (2). Il n'est aucune raison d'y faire échec.

C'est pourtant à propos de ce phénomène que les difficultés sont apparues. Lorsque le créancier cautionné est plus ou moins contraint par le contexte de consentir une diminution de dette, mais qu'il n'est habité ni par une intention libérale ni par une satisfaction obtenue parallèlement, il tente de récupérer auprès de la caution ce qu'il a accordé au débiteur. Cette attitude est incompatible avec les règles de la remise de dette et la difficulté qu'elle fait naître ne peut être tranchée que de façon fort catégorique : ou bien il y a vraiment remise et la caution est libérée comme l'est le débiteur ; ou bien la caution reste tenue et il n'y a pas réellement remise.

La première solution, qui écarte la volonté du créancier, conduit à la nullité des réserves assortissant la remise de dette (§ 1). La deuxième solution, qui maintient l'existence du cautionnement, implique le rejet de la notion de remise : elle s'applique en cas de procédure d'apurement collectif du passif (§ 2).

Paragraphe 1

LA NULLITE DES RESERVES ASSORTISSANT LA REMISE DE DETTE

140. — Eléments du problème. Episodiquement rejaillit le problème de l'attitude qu'il faut tenir face à la position ambiguë d'un créancier qui accepte de diminuer la dette du débiteur principal à la condition de conserver l'intégralité de son recours contre la caution.

A priori cette duplicité ne peut être validée, car si l'on admettait le raisonnement du créancier, deux solutions aussi inadmissibles l'une que l'autre se feraient jour. Ou bien la caution qui paye le tout a un recours pour le tout contre le débiteur et en ce cas il n'y a pas eu la moindre remise ; ou bien la caution n'a de recours qu'amputé de la remise, ce qui serait admettre que

(1) Et même parfois un peu plus. Le particularisme du droit cambiaire entraîne comme conséquence spéciale de libérer le débiteur garanti (et donc son donneur d'aval) lorsque le porteur du titre en fait remise à tout signataire antérieur à lui, ou aux signataires qui n'ont pas les autres pour garant (tireur du chèque, tireur de la lettre de change qui n'a pas fait provision, tiré accepteur de la lettre de change, souscripteur du billet à ordre). Le donneur d'aval bénéficie évidemment de cette remise indirecte faite au débiteur garanti (pour une étude détaillée de ces diverses hypothèses, cf. P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, n° 190 à 192, pp. 175 et 176).

(2) L'art. 1287 al. 1, C. civ. applique sèchement ce principe : «la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions».

le créancier peut unilatéralement aggraver le sort de son garant.

A mieux examiner les espèces ayant abouti à un contentieux judiciaire, l'on constate que l'argumentation du créancier se renforce d'une comparaison avec la situation qu'offre la remise concordataire. C'est en effet à propos de débiteurs en situations très délicates et souvent dans le cadre de concordats amiables, que le problème s'est posé (1). Les créanciers voulaient, par la voie contractuelle, transposer le mécanisme du droit des faillites.

L'intérêt de la question, qui avait agité la jurisprudence du XIX^e siècle, semblait éteint par la sagesse des créanciers qui accordaient moins de remises (2), ou imposaient aux cautions la renonciation à s'en prévaloir (3). Il a rebondi avec un arrêt récent de la Cour de PARIS (4) rendu entre une caution opiniâtre et une banque pourtant fort avisée d'ordinaire mais sèchement déboutée en ce cas.

Comme aux juges parisiens, l'échec que le créancier veut apporter à la règle de l'accessoire par la stipulation de réserves unilatérales nous apparaît fondamentalement inadmissible (C). Mais avant d'exposer les raisons de notre opinion, il est nécessaire de déterminer les cautions concernées par ce problème (A) et d'exposer les théories favorables à l'efficacité des réserves (B).

A — Les cautions concernées

141. — Généralité du problème. La technique matérialisant la remise de dette a son importance. En effet une remise tacite par restitution au débiteur de son titre met les garants à l'abri de toute réserve du créancier (5) ; mais l'hypothèse est rare ! Sauf en droit cambiaire où elle justifie normalement l'inefficacité des réserves (6).

La remise expresse présente pour l'ensemble des formes de cautionnement non cambiaire la même difficulté, bien que certains auteurs aient voulu distinguer suivant la nature du cautionnement.

Le problème serait centré autour de la caution solidaire, en raison de l'art. 1285 al. 1 C. civ. qui dispose que les réserves du créancier peuvent inhiber

(1) En ce sens P. SIMLER : *J. Cl. Civ.*, art. 2034-2039, n° 54 in fine.

(2) Il est indéniable que la pratique a su canaliser en cette occasion les effets de la dépréciation monétaire. Les pactes d'atermolement, sans presque de remise, emportent en fait une remise égale au montant de la dépréciation à l'échéance, s'ils sont stipulés sans intérêt.

(3) B. CELICE : *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, L.G.D.J. 1968 (Bibl. dr. pr. t. 84, préf. J. Carbonnier), n° 388 à 390, p. 210 et 211.

(4) Paris, 18 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 667, note B. GISCARD.

(5) En ce sens : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1312, p. 723 ; P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 108, p. 101.

(6) P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, n° 505-5^e, p. 571. — Comp. cependant : P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 193, p. 176 qui assimile la remise du titre à une donation.

l'effet libératoire de la remise à l'égard des codébiteurs solidaires du bénéficiaire. Cette règle propre à la solidarité serait transposable à la caution solidaire (1).

La difficulté ne vient pas de ce texte, dont l'application complète est au contraire un argument pour l'inefficacité des réserves (2), mais bien du but du cautionnement, qui est d'assurer au créancier la satisfaction maximale. C'est pourquoi il faut étendre la question à la caution simple.

La plupart des auteurs dissociaient son cas au motif qu'elle peut, grâce à son bénéfice de discussion, renvoyer le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal (3). Ce raisonnement a le tort de faire abstraction du contexte des remises avec réserves, souvent accordées dans le cadre d'un concordat amiable, donc lorsque le débiteur est insolvable et que le bénéfice de discussion ne peut jouer (4). Surtout il repose sur une contradiction, car admettre l'action du créancier, c'est admettre le principe de l'efficacité des réserves, que seule la fragile résistance du bénéfice de discussion pourra différer mais non éteindre.

En réalité il s'agit d'une question de fond qui met en jeu les principes généraux du cautionnement : elle ne trouvera de solution que globale, par l'application des règles générales de la matière. Cette solution pourra ainsi s'appliquer à toutes les hypothèses de réserves, qu'elles concernent la caution dans ses relations avec le créancier ou avec ses cofidélitateurs (5), ou même le certificateur en cas de remise bénéficiant à la caution.

B — Les solutions favorables à l'efficacité des réserves

142. — La jurisprudence. Plusieurs décisions fort anciennes ont respecté les désirs du créancier et validé les réserves qu'il avait émises.

(1) Le Doyen VOIRIN lui assimile totalement la caution réelle (note au Dalloz, 1933, précitée, p. 3, 1^{er} col.). Pour des raisons totalement différentes et tenant à la nature de cautionnement que revêt d'abord l'engagement de la caution réelle, nous adoptons la même position.

(2) Cf. infra n° 143.

(3) P. PONT : *Explication du Code napoléon*, t. 9 (Des petits contrats : t. 2), 1867, n° 407, p. 202 (et le parallèle avec le droit romain). — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e éd., n° 97, p. 101. — P.A. SIGALAS : thèse précitée, n° 109, p. 102. — P. VOIRIN : note précitée, p. 3.

(4) Cf. P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 54.

(5) L'hypothèse curieuse d'une caution renonçant à son recours contre le débiteur mais poursuivant tout de même ses cofidélitateurs a donné lieu à un arrêt (Civ. 1^{re} 21 novembre 1973, Gaz. Pal. 1974, 1, Som. p. 2) qui a jugé que la renonciation n'effaçait pas les recours contre les cofidélitateurs. En conséquence, ceux-ci se retourneront contre le débiteur qui n'aura gagné que la part du renonçant.

Il faut d'abord mentionner les décisions qui, tout en rejetant les réserves, laissent penser que leur solution n'est applicable qu'à la caution *simple* et que par a contrario les réserves seraient efficaces contre une caution *solidaire* (1).

Deux décisions rendues dans une même affaire validèrent les réserves émises par le créancier contre la caution, mais uniquement au motif qu'elles ne portaient aucune atteinte aux droits de la caution (2). En effet le créancier avait précisé que la remise de dette ne saurait bénéficier à la caution, mais que celle-ci conservait cependant son recours contre le débiteur. Il ne peut s'agir ici d'une véritable remise de dette. Le débiteur, par le jeu de l'action de la caution, restait toujours tenu. Il ne pouvait même pas s'agir d'une remise de poursuites puisque l'article 2032 - 1er - du Code civil permet expressément à la caution poursuivie d'intenter immédiatement une action contre le débiteur garanti. Cette solution ne peut donc être retenue (3).

La seule décision ayant proposé une solution tranchée est celle rendue par la Cour de NANCY le 1er mai 1932 (4). Elle reconnaît aux réserves stipulées par une banque créancière contre la caution réelle du débiteur auquel elle faisait remise partielle de dette, une entière efficacité. Malheureusement l'incongruité de la motivation que le Doyen VOIRIN a lapidairement stigmatisée (5) interdit d'en utiliser la solution.

143. — Les tentatives de justification. Au terme de cet examen, il apparaît que les Tribunaux n'ont rendu au soutien de l'efficacité des réserves que des décisions contestables ou inutilisables en raison des particularités de leur motivation (6). De cette jurisprudence certains tirèrent cependant des arguments pour justifier l'efficacité à l'encontre de la caution des réserves émanant du seul créancier. D'une part il fut soutenu que l'article 1285 C. civ., qu'une décision déclara expressément applicable à la caution solidaire (7), constituait

(1) Il s'agit de trois décisions rendues dans la même affaire : Civ. 17 juin 1867 (D.P. 1867, 1, 219 ; S. 1867, 1, 356). — Caen (renvoi) 10 juin 1868 (D.P. 1868, 2, 97, note A. BERTHAULD). — Req. (sur nouveau pourvoi), 30 mars 1869 (D.P. 1869, 1, 512, note anonyme critique ; S. 1869, 1, 343). La caution simple est libérée au motif que l'art. 1285 C. civ. lui est inapplicable ; pour une efficacité des réserves contre la caution solidaire, par a contrario, cf. P. SIMLER ; *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n° 56.

(2) Trib. Civ. Tours 27 août 1867 et Orléans 6 juin 1868, D. 1968, 2, 224.

(3) De même l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 janvier 1889 (D.P. 1890, 1, 422 ; S. 1892, 1, 372) que Mr P. SIMLER cite (*J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 56) en précisant qu'il refuse de donner effet aux réserves intervenues postérieurement à la remise de dette uniquement en raison de leur date.

(4) Nancy 1er mai 1932, D. 1933, 2, 1, note P. VOIRIN.

(5) Note précitée.

(6) Pour une étude détaillée de cette jurisprudence, cf. B. CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse précitée, n° 383 à 386, pp. 206 à 209. L'auteur, dégageant les motivations des principales décisions, constate caustiquement qu'«il paraît donc difficile de faire le point sur la manière dont la jurisprudence a tenté de résoudre le problème», op. cit. n° 386 in fine, p. 209.

(7) Caen, aud. sol., 10 juin 1868, D.P. 1868, 2, 97, note A. BERTHAULD (précité).

une base suffisante. D'autre part certains auteurs créèrent la théorie de la remise de poursuites.

L'argument tiré de l'application de l'article 1285 C. civ. est spécieux et ne résiste pas à un examen approfondi. Certes cet article permet au créancier qui remet sa dette à un débiteur de conserver ses recours contre les autres codébiteurs solidaires par la simple formulation de réserves. Mais ce même texte établit, à l'alinéa second, le régime de la dette ainsi remise : la part du codébiteur libéré devra être déduite de la somme due. A appliquer ce texte à la caution, il faut le lui appliquer intégralement. Si la remise avec réserve des droits contre la caution solidaire est possible, le créancier devra déduire de son recours la part du débiteur principal. La caution n'étant tenue que pour le débiteur et n'étant pas intéressée à la dette, elle n'y a aucune part personnelle ; la part incombant au débiteur principal constitue en réalité la totalité de la dette. Le créancier ne peut donc rien réclamer à la caution sur la base de l'article 1285 C. civ. L'application de l'intégralité de ce texte conduit ainsi à libérer la caution (1). La tentative de justification textuelle de l'efficacité des réserves échoue. Pour pallier ce défaut, il fut proposé une analyse reposant sur l'interprétation très divinatoire de la volonté du créancier.

La théorie de la remise des poursuites tente de trouver un sens à l'acte du créancier. S'il consent une remise au débiteur principal tout en réservant ses droits contre la caution, c'est qu'il n'a pas consenti une remise de dette normale. L'application de l'article 1287 C. civ. libère la caution au cas de remise de dette faite au débiteur principal. La seule façon de respecter ce texte et de conserver à l'acte du créancier quelque effet est d'analyser la remise en une simple remise de poursuites (2). Soutenue au siècle dernier (3), cette théorie fut reprise récemment (4) malgré les vives critiques dont elle avait fait l'objet entre temps.

Développées surtout par le Doyen VOIRIN (5), ces critiques concernant tant la notion d'action en justice que celle de cautionnement sous son aspect d'engagement accessoire. L'action en justice est-elle distincte du droit au point de pouvoir en être séparée ? La question faisait peut-être difficulté à l'époque,

(1) Cf. en ce sens : L. BOYER : *La notion de transaction*, Thèse précitée, n° 124. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 55. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt récent (Paris 18 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 667, note B. GISCARD) concernant une caution solidaire.

(2) Bien qu'elle n'ait pas été appliquée ici, l'analyse de la remise de dette en une simple remise de l'*Haftung* conduirait au même résultat (J. MARTIN de la MOUTTE : *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Toulouse, 1949, Sirey (1951), n° 344, p. 304). — Comp. pour une analyse de la remise en une renonciation au droit d'agir en justice en exécution forcée, et son rejet : Y. SEILLAN : *L'acte abdicatif*, art. précité, n° 29, p. 707.

(3) A. BERTHAULD : note au *Dalloz*, 1868, 2, 97, sous Caen, 10 juin 1868 — R. de VILLARGUES : *Répertoire du Notariat*, 1842, V^{is} Remise de dette, n° 88.

(4) P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n° 108, p. 101 et 102.

(5) Note précitée au *Dalloz*, 1933, 2, p. 2, 2^e col., II, B.

elle est maintenant résolue par l'affirmative (1). Jusqu'ici la proposition reste donc valable. Mais elle échoue devant le caractère accessoire du cautionnement. Deux conséquences de ce caractère interdisent la prise en considération d'une remise de poursuites. D'une part une telle remise modifierait la nature de l'engagement de la caution : « en s'offrant seul aux poursuites, l'intervenant cesse d'être une caution pour devenir un obligé principal » (2). Si cette situation est imposée par l'article 2012 C. civ. dans l'hypothèse d'une nullité de l'engagement principal pour incapacité du débiteur, elle s'explique par le recours à une promesse de porte-fort. Rien de tel ne pourrait justifier l'efficacité des réserves, d'autant qu'elles interviennent en cours de contrat. D'autre part une remise, même de poursuites, qui ne profiterait qu'au seul débiteur, déséquilibrerait la situation créée par la règle de l'accessoire en rendant l'engagement de la caution plus lourd que celui du débiteur (3). L'explication par la remise de poursuites n'est donc pas satisfaisante.

Au surplus les inconvénients qu'elle présente sont loins d'être combattus par ses avantages (4). La caution, même si elle perd l'action subrogatoire, conserve son action personnelle contre le débiteur ; elle peut même user du droit que lui donne l'article 2032 - 1^o C. civ. et agir en indemnisation contre le débiteur dès l'instant où elle est assignée. Le débiteur ne gagnera pas le moindre délai ni la moindre tranquillité dans l'opération, et le créancier risquera d'y perdre ses droits. L'interprétation de l'acte en une remise de poursuites est d'autant plus inutile au cas de cautionnement solidaire qu'elle n'ajoute ni ne retranche rien aux voies ouvertes aux créanciers : il peut en effet poursuivre aussi bien le débiteur que la caution, et la remise qu'il ferait en se privant d'une action qu'il ne comptait pas exercer n'aurait pas de sens, sauf celui de duper le débiteur principal. La réserve de ses droits contre la caution que le créancier ajoute dans la remise de dette consentie au débiteur principal ne peut donc être validée ni sur le terrain de l'article 1285 C. civ. ni sur celui d'une remise de poursuites.

(1) H. SOLUS et R. PERROT : *Droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, Sirey, 1962, n^o 99 et suiv., pp. 100 et suiv.

(2) P. VOIRIN : note précitée, p. 3 in fine, III, B.

(3) P. VOIRIN : note précitée, p. 4, col. 1. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n^o 58.

(4) Cf. P. VOIRIN : note précitée, p. 3. — Contra : B. CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse précitée, n^o 388, p. 210.

C — Solution retenue : nullité des réserves

144. Rejet de la simple inefficacité des réserves. La grande majorité des auteurs refuse aux réserves émises par le créancier toute efficacité (1). Si cette solution est aussi la nôtre, son fondement sera en revanche différent.

Pour la doctrine dans sa quasi-unanimité, les réserves émanant du créancier à l'encontre de la caution sont inefficaces. La solution est parfois simplement affirmée (2) ou présentée comme découlant de l'application de l'article 1287 C. civ. Parfois elle s'appuie sur une application de l'article 2037 C. civ. et du bénéfice de subrogation qu'il fait naître. Le raisonnement repose sur le fait que le créancier ayant remis la dette est privé de son action contre le débiteur. La caution poursuivie ayant réglé la dette ne pourra donc être subrogée dans une action qui n'existe plus. Dans ces conditions l'action ménagée contre la caution par les réserves de droits achoppe sur un élément extérieur : l'impossibilité de subrogation (3). Ce n'est pas tant le principe de la validité des réserves qui est en cause, que leur efficacité pratique. Une telle solution est critiquable car elle omet de tenir compte des conditions de mise en œuvre du bénéfice de subrogation et notamment de la condition de préjudice (4). Le Doyen VOIRIN (5) écartait l'objection en précisant qu'il suffisait que la créance dans laquelle la caution n'avait pas été subrogée porte intérêt à un taux supérieur au taux légal (ce qui lui semblait fréquent) pour que l'art. 2037 s'applique. Même si cette affirmation s'avérait exacte, son fondement est amoindri par le droit nouveau des intérêts légaux qui fait du taux d'escompte le taux légal d'intérêt. L'objection concernant l'absence de préjudice reprend donc toute sa vigueur et interdit le recours, d'ailleurs surabondant, à l'article 2037 C. civ.

145. Nullité ; fondement. Le fondement de la nullité des réserves doit être recherché dans les principes régissant la matière du cautionnement (6). Le créancier, ou plus exactement la seule volonté du créancier, ne peut modifier unilatéralement les termes du contrat de cautionnement, encore moins le dénaturer. Il est donc hors de question que le créancier, le débiteur principal,

(1) A la Doctrine française s'ajoutent les solutions identiques retenues dans les Etats membres de la C.E.E. ; cf. Max Planck Institut de Hambourg : *Etude sur le cautionnement dans le droit des états membres des Communautés européennes*, Hambourg, 1969, n° 64, p. 71 in fine.

(2) C. AUBRY et C. RAU par E. BARTIN : t. 4, 6^e ed°, § 323, p. 312, texte et note 23. — M. FOURNIER : *Le cautionnement solidaire*, Rev. crit. légis. et jurisprudence 1887, n° 36, p. 49 et n° 33, p. 53. — J. RADOUANT : *Encycl. Dalloz*, Répert. dr. civ., Vis REMISE DE DETTE, n° 44.

(3) L. LAROMBIERE : *Théorie et pratique des obligations*, t. 3, art. 1287, n° 1. — C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 28, n° 462. — G. BAUDRY-LACANTINIERE et A. WAHL : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24, n° 1153, p. 604. — P. VOIRIN : note précitée, p. 3, 2^e col., III, A.

(4) En ce sens : P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 53.

(5) Note précitée au Dalloz 1933, p. 1, spécialement p. 3, 2^e col., III, A.

(6) En ce sens : P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 59.

ou même les deux ensemble, suppriment le recours de la caution contre le débiteur après paiement, ou annulent la faculté d'indemnisation avant paiement offerte à la caution par l'article 2032 - 1^o C. civ. (1). Le principe de l'inténgibilité de ces recours étant admis, on voit immédiatement l'inanité des réserves que pourrait formuler le créancier. Ou bien il choisit de poursuivre la seule caution et celle-ci pourra immédiatement assigner le débiteur principal, et il n'y a pas réellement remise de dette puisque le débiteur demeure tenu. Ou bien il désire effectivement libérer le débiteur et doit alors renoncer à toute poursuite, même contre la caution.

Cette argumentation, si elle conduit bien au résultat souhaité, n'est pas entièrement satisfaisante pour l'esprit car elle laisse intacte la question de l'extinction ou de la survivance du rapport juridique accessoire liant la caution au créancier. La remise de la dette principale éteint cette dette envers le créancier ; les réserves de droits contre la caution laissent-elles survivre le cautionnement, même à l'état larvé d'une obligation naturelle ? En d'autres termes la volonté du créancier est-elle capable de soustraire le cautionnement aux effets de la règle de l'accessoire ?

La réponse négative s'impose avec la force de l'évidence. Le Doyen VOIRIN a écrit à ce propos que : «la nature même des choses... oppose une résistance invincible à ce que le créancier abandonne son action contre le débiteur sans la perdre contre la caution» (2). L'extinction de l'obligation principale entraîne nécessairement celle de l'obligation accessoire sans que la volonté unilatérale des deux parties puisse y faire échec. Cette constatation avait déjà été effectuée à l'occasion de l'extinction de l'obligation principale par des événements dont le but premier était la satisfaction du créancier (dation en paiement) (3) ou la modification de l'obligation (transaction) (4). L'explication est la même et réside dans la satisfaction du créancier. Que la satisfaction soit dissociée de l'acte même de remise n'en diminue pas l'effet extinctif ; a fortiori l'extinction doit-elle être générale en cas d'*animus donandi*. Remise gracieuse comme remise onéreuse rendent, par leur principe même, toute réserve sans valeur.

146. — Conséquences. En invalidant ainsi les réserves, l'on modifie assurément les calculs du créancier, ce qui conduit à réexaminer l'acte de remise lui-même. L'importance que le créancier attachait à la réserve de ses droits contre la caution peut avoir été déterminante de l'octroi de la remise de dette. On ne peut en ce cas imposer au créancier la survivance d'une remise effectuée en considération des réserves qu'elle comportait et que l'on annule. La jurisprudence a recours à la théorie de l'indivisibilité subjective pour annuler

(1) Cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1312, p. 724.

(2) Note précitée au Dalloz 1933, 2, p. 3, 2^e col., III, in principio.

(3) Cf. supra n^o 96.

(4) Cf. supra n^o 136.

la totalité d'un acte dont une disposition partielle est invalidée (1). Il appartient au juge d'apprécier l'importance que les parties ont donné aux réserves et de les qualifier de déterminantes ou non du consentement à la remise. Dans l'hypothèse où les réserves et la remise constituent un tout indivisible dans l'esprit du créancier, tel qu'il n'aurait pas consenti la remise s'il avait ses réserves inefficaces, l'acte tout entier doit tomber (2). Dans l'hypothèse contraire, la chute des réserves, considérées comme accessoires, laisse survivre la remise de dette. Le cas sera cependant peu fréquent. Une analyse, même trop abstraite, de la volonté présumée du créancier conduit à penser que c'est en fonction du cautionnement qu'il a accordé la remise (3). «Il est, en effet, à peu près certain que le créancier ne consentirait jamais une remise de dette s'il n'avait pas foi dans le cautionnement» (4).

La disparition des réserves entraînera donc quasi-obligatoirement celle de la remise. La caution restera tenue de garantir la dette selon les termes de son engagement ; son sort est celui qui l'attendait en l'absence de toute manifestation de volonté du créancier. Telle n'aurait pas été la situation si les réserves avaient été validées et avaient entraîné la disparition de tout recours de la caution. L'acte de générosité envers le débiteur aurait alors été supporté par la caution. Telle est l'hypothèse, écartée dans le domaine conventionnel, que le législateur impose au cas de remise concordataire.

Paragraphe 2

LES REMISES INSEREES DANS UNE PROCEDURE D'APUREMENT COLLECTIF DU PASSIF

147. — **Le contexte.** La remise concordataire, ainsi que la remise consentie à une entreprise en état de suspension provisoire des poursuites, revêtent

(1) Cf. P. SIMLER : *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse, Strasbourg, 1968, Paris, L.G.D.J. (1969), Bibl. dr. pr., t. 101, préf. A. Weill, n° 302 et suiv., pp. 369 et suiv.

(2) Cf. pour une érection de ce système en principe général, la proposition formulée par P. SIMLER in thèse précitée, n° 388, p. 470.

(3) Connaissant les dangers d'une telle analyse, nous ne nous y livrons que «sous toutes réserves», et sans oublier la vive critique que DEMOGUE a faite de cette méthode : l'analyste doit tenir compte «de la limite moyenne de l'intelligence humaine d'ordinaire hypnotisée sur un point spécial d'une affaire, ne prévoyant pas toutes les séries de phénomènes qui peuvent en résulter. Aussi il n'est pas bon de trop rechercher des volontés implicites, présumées, lesquelles en réalité n'existent pas». R. DEMOGUE : *Traité des obligations*, t. 1, Source des obligations, n° 31, p. 87.

(4) B. CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes judiciaires*, Thèse précitée, n° 391, p. 211.

une nature particulière en raison de leur contexte et des conditions de leur octroi. L'intention qui les anime n'est pas libérale mais spéculative : « les créanciers cherchent à faire la part du feu » (1). A cette différence d'intention, soulignée par tous les auteurs (2), ne tient pas la seule opposition entre la remise concordataire et la remise de droit commun. Certains notent que la remise concordataire ne peut jamais être totale, car son fondement disparaîtrait (3). Enfin la remise concordataire laisse subsister une obligation naturelle de payer la fraction remise, obligation qui devient civile au cas d'insertion de la clause de retour à meilleure fortune (4). Ces différences, et surtout le caractère forcé dû aux circonstances qui imposent un choix au créancier (5), empêchent l'assimilation des deux remises. La réglementation applicable à la remise de dette et notamment l'article 1297 C. civ. ne peut être invoquée pour la remise concordataire (6).

Le sort de la caution n'est donc pas déterminé de la même façon qu'à la suite d'une remise de dette. Connaître ce sort est pourtant très important car les procédures de règlement collectif du passif ne laissent que peu d'espoir au créancier d'être ne serait-ce que partiellement payé (7). Alors même que le concordat a été voté et homologué, il y a encore loin des promesses à leur exécution. On a noté depuis une vingtaine d'années un durcissement de la jurisprudence en général, et du Tribunal de commerce de la Seine en particulier, qui n'acceptent d'homologuer que les concordats d'atermolement, sans remise (8). Mais les pourcentages de concordats entièrement exécutés

(1) G. LAMBERT : *Cours de droit civil ; Droit du patrimoine* (Licence en droit, 2^e année), Sainte Ruffine, ed^o Maisonneuve, 1971, p. 394.

(2) Cf. notamment : L. LACOUR et J. BOUTERON : *Précis de droit commercial*, 2^e ed^o, t. 2, Paris, Dalloz, 1921, n^o 1908 à 1910, pp. 414 à 415. — J. PERCEROU et M. DESERTEAUX : *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (ancienne collection Thaller), 2^e ed^o, t. 2, Paris, Rousseau, 1937, n^o 1367, pp. 856-857. — G. LAGARDE : *Cours de droit commercial*, 4^e année de licence, Paris, 1968-1969, Les cours de droit, p. 367 in fine et p. 368. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed^o, Paris, L.G.D.J., 1973, n^o 3222, pp. 800-801.

(3) E. THALLER et J. PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e ed^o, t. 2, (Rousseau, 1931), n^o 2099, p. 1266. — G. RIPERT et R. ROBLOT : op. et loc. cit.

(4) Cf. les auteurs cités aux deux notes précédentes.

(5) Cf. J. RADOUANT : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^e ed^o (1954), Vis REMISE DE DETTE, n^o 48.

(6) Cf. sur tous ces points : Com., 26 juin 1963, Bull. civ. 1963, III, n^o 333, p. 279 ; D. 1963, p. 581, note R. RODIERE : « Attendu que la Cour d'appel déclare qu'en l'espèce la remise des intérêts courus postérieurement au jugement déclaratif de faillite, représentant un sacrifice important pour les créanciers et étant la condition essentielle sans laquelle le concordat n'aurait pu aboutir, constituait non une remise de dette volontaire et gratuite visée par l'art. 1287, C. civ. mais une remise concordataire ».

(7) Plus de la moitié des procédures ouvertes sont clôturées pour insuffisance d'actif ; Cf. le rapport de l'Inspection Générale des Finances : *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, Paris, Sirey, 1970 (Bibl. dr. com., t. 20, préf. V. Giscard d'Estaing), n^o 121 à 130, p. 53 à 56.

(8) Cf. le rapport de l'Inspection Générale des Finances, précité, n^o 141 à 144, pp. 59 à 60.

sont très faibles ; plus de la moitié des concordats sont résolus avant le terme et ne laissent en définitive au créancier qu'une somme dérisoire (1).

C'est pourquoi cette tendance à l'abolition de la remise concordataire n'a pas été retenue par le législateur de 1967 (2). Désavouant les tribunaux, la loi de 1967 mentionne expressément la possibilité des remises (3). La « revalorisation » du concordat voulue par le législateur (4) passait par l'accord de remises au débiteur. La satisfaction des créanciers devient très secondaire ; il est préférable d'assurer par priorité le sauvetage de l'entreprise car cela correspond mieux à la satisfaction de l'intérêt général (5). Toutes ces raisons combinées font que le problème de la remise concordataire n'a rien perdu de son actualité et qu'il convient, pour en étudier toutes les faces, d'étudier successivement la situation de la caution (A) et le fondement de la solution législative (B) avant d'envisager une proposition d'aménagement des droits de la caution (C).

A — Situation de la caution

Le sort de la caution à la suite de l'octroi d'un concordat au débiteur est déterminé par les textes concernant les procédures de liquidation collective du passif. Le principe imposant que la caution reste tenue de l'intégralité de la dette heurte au premier abord et paraît contraire à l'équité (6). Nous verrons qu'en réalité la solution du droit positif (a) se justifie fort bien par des motifs d'équité (b).

(1) Op. cit. n° 145 à n° 150, pp. 61 à 62.

(2) Cf. J. ARGENSON et G. TOUJAS : *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillites*, 4^e ed°, Paris, Librairies techniques (1973), t. 2, n° 966, pp. 18 et 19. — M. CABRILLAC : Rapport sur : *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Montpellier, 1970 (t. 22, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Paris, Dalloz, 1975), pp. 152 à 166, spécialement p. 162.

(3) Art. 68 et art. 69, L. 13 juillet 1967.

(4) Cf. F. DERRIDA : *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Paris, Defrenois, 1969, n° 9 et suiv., pp. 27 et suiv.

(5) F. DERRIDA : op. cit., n° 10, p. 28.

L'évolution des procédures collectives révèle que « la conception unitaire et pénalisante du début du XIX^e siècle a laissé la place... à une conception diversifiée à dominante économique et curative » (J.P. GASTAUD : *Personnalité morale et droit subjectif*, Thèse, Nice, 1974, dactyl. t. 2, p. 75). Cette finalité conduit à considérer que, dans le règlement judiciaire surtout, la réalisation des droits des créanciers doit être telle qu'elle « participe plus qu'elle ne s'oppose à la survie de l'entreprise débitrice » (ibid. p. 77).

(6) Cf. E. THALLER et J. PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e ed°, n° 2104, p. 1268.

a) Solution du droit positif

148. — **Non-bénéfice de la remise.** L'article 49 de la loi du 13 juillet 1967 reprend presque textuellement une formule insérée dans notre droit par la loi du 28 mai 1838 aux termes de laquelle «nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action sur la totalité de leur créance contre les coobligés de leur débiteur». On peut s'étonner que les imprécisions de terminologie du texte et surtout sa place, à la fin de la théorie des coobligés, n'aient pas été rectifiées en 1967 (1). C'est en réalité au titre des effets du concordat qu'il convenait de placer cette disposition. De plus la formule «conservent leur action» est ambiguë et entretient le doute planant sur la nature juridique du concordat, fournissant des arguments aux partisans de son analyse en une simple remise de poursuites (2). Il n'en reste pas moins que le résultat est clair : la remise concordataire ne bénéficie pas à la caution. Elle diminue la dette principale mais laisse intact son accessoire, le cautionnement ; l'échec à la règle de l'accessoire est flagrant.

Lorsqu'elle a payé le créancier, la caution est subrogée dans sa production et pourra ainsi recevoir le dividende en remboursement de son exécution.

Cette réglementation n'était pas celle du Code de commerce de 1807 qui prévoyait la libération de la caution à proportion de la remise concordataire, mais seulement lorsque le créancier avait voté le concordat. Les nécessités économiques et juridiques ont conduit à la solution actuelle, approuvée par la doctrine unanime.

L'esprit du système appliqué au concordat a été retenu lors de la création de la procédure de suspension provisoire des poursuites. L'ordonnance du 23 septembre 1967 dispose en effet dans son article 35 que «les... cautions solidaires ne peuvent se prévaloir du plan d'apurement collectif du passif».

La mesure semble curieuse si l'on tient compte du fait que toute remise de dette inscrite au plan ne peut qu'avoir été volontairement accordée par les créanciers. De l'analyse des formules de l'article 27 de l'ordonnance du 23 septembre 1967, il ressort en effet que les créanciers, tant chirographaires que privilégiés ou titulaires de sûretés ne peuvent pas se voir imposer de remise (3).

(1) Cf. G. TOUJAS et J. ARGENSON : *La réforme de la faillite*, J.C.P. 1968, I, 2179, n° 115.

(2) Cf. P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n° 116, p. 108 et n° 196, p. 177. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Répert. dr. civ., 2^e ed°, V^o CAUTIONNEMENT, n° 302. — Adde, mais sans qu'il prenne parti : P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 61.

(3) Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed°, n° 3361, p. 878. — Adde : J. HEMARD : rapport sur l'Ordonnance n° 67.820 du 23 septembre 1967 relative au redressement économique et financier de certaines entreprises, in : Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Montpellier, 1968, Libr. Tech. (1968), pp. 9 à 22, spécialement p. 16. — Pour une position dubitative : G. TOUJAS et J. ARGENSON : *Procédure permettant le redressement économique et financier de certaines entreprises*, J.C.P. 1968, I, 2130, n° 31.

Il est frappant de constater qu'une remise, même volontaire, ne peut profiter qu'au débiteur, et non à ses cautions (1). Seule l'inclusion de cette remise volontaire dans une procédure générale de liquidation du passif permet d'expliquer ce fait (2).

La jurisprudence demeure très ferme sur l'application de toutes ces dispositions aux cautions et refuse, à juste titre, qu'une caution quelle qu'elle soit, puisse bénéficier d'une remise concordataire ou assimilée. Ainsi la caution simple (3), a fortiori la caution solidaire (4) et le donneur d'aval (5), doivent régler au créancier plus que ne doit le débiteur principal (6). Les textes les y obligent. Cependant ces textes ne s'appliquent pas dans trois situations fort proches et non dépourvues d'intérêt.

149. — Solution en l'absence de texte. L'hypothèse du concordat amiable se situe dans le même contexte économique que le concordat judiciaire. Seul le contexte juridique varie. Mais cette variation est d'importance, surtout en ce qui concerne la remise de dette. Faute de textes mettant en échec la règle de l'accessoire, la jurisprudence, approuvée par la doctrine, refuse d'appliquer à la remise consentie amiablement par le créancier la solution imposée par l'article 49 de la loi de 1967 (7).

La deuxième situation non réglée est celle des cautions simples devant une remise consentie par un créancier dans le cadre du plan d'apurement collectif

(1) En revanche le plan s'impose aux cautions dans leurs recours puisque l'art. 34 prévoit expressément (ce qui n'était pourtant pas nécessaire) que la caution ayant payé le créancier doit subir les rigueurs du plan. Son recours est tout à fait normalement assujéti à la loi commune.

(2) Comp. cependant : A.M. BAUDRON : *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, Thèse, Dijon, 1970, Paris, L.G.D.J. (1972) (bibl. dr. pr., t. 123, préf. C. Gavalda), n° 294, pp. 246 et 247 qui justifie la similitude des règles en matière de concordat et de plan d'apurement du passif simplement par le but du cautionnement : pallier l'insolvabilité du débiteur.

(3) Req. 15 janvier 1901, D.P. 1901, 1, 325 ; S. 1902, 1, 41.

(4) Req. 6 février 1906, S. 1906, 1, 481, note C. LYON-CAEN ; D. 1908, 1, 225, note J. VALÉRY. — Com. 13 juillet 1955, Bull. civ. 1955, III, n° 261, p. 217. Rev. trim. dr. com. 1955, p. 897, n° 27, obs. R. HOUIN. — Com. 26 juin 1963, D. 1963, 581, note critique R. RODIERE.

(5) Req. 5 avril 1892, S. 1892, 1, 365. — Com. 14 février 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 55, p. 55 ; Gaz. Pal. 1972, 2, 639 ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 967, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE (solution concernant seulement l'octroi de délais concordataires mais qui peut être étendue à la remise concordataire). — Paris 9 août 1869, D.P. 1870, 2, 10. — Paris 3 novembre 1952, Gaz. Pal. 1952, 2, 413. — Nîmes 25 février 1970, Gaz. Pal. 1970, 2, Som., p. 63.

(6) Adde sans précision de la qualité de la caution les arrêts cités par R. HOUIN : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. com., 1^e ed°, vis FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE (1957) (assisté pour la portion de la rubrique concernant le concordat par F. DERRIDA), n° 2586.

(7) Civ. 17 juin 1867, D.P. 1867, 1, 219 ; S. 1867, 1, 356. — Civ. 12 novembre 1867, D.P. 1867, 1, 483 ; S. 1868, 1, 61. — Civ. 8 avril 1868, S. 1868, 1, 260. — Req. 30 mars 1869, D.P. 1869, 1, 512 ; S. 1869, 1, 343. — Req. 7 janvier 1889, D.P. 1890, 1, 422 ; S. 1892, 1, 372. — Caen 10 juin 1868, D.P. 1868, 2, 97 ; S. 1868, 2, 251. — Lyon 6 janvier 1903, D.P. 1910, Som., 1.

du passif. L'article 35 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 interdit aux cautions *solidaires* de se prévaloir du plan. La mention de la solidarité semble être une précision volontaire du législateur puisque l'article précédent, qui ôte tout recours à la caution solvens, vise toutes les cautions sans discrimination. Il faut donc en conclure que les cautions simples sont libérées par la remise accordée par le créancier, bien que rien ne permette de justifier juridiquement la différence de traitement (1).

La dernière situation, de loin la plus fréquente, est celle de la caution engagée envers un créancier qui bénéficie par ailleurs d'une sûreté réelle. Cette sûreté lui confère une position spéciale dans la procédure : il peut consentir des remises volontaires, mais ne subit pas le concordat, sauf négligence de sa part (2). La remise qu'il consent et à laquelle il demeure tenu si le concordat est voté et homologué, profite-t-elle à la caution ? Les textes sont muets sur la question. Une telle remise s'apparente à la remise volontaire puisqu'elle demeure personnelle au créancier qui l'accorde. L'article 1287 C. civ. lui serait donc applicable.

Ce n'est pourtant pas ce qu'a jugé la Cour de cassation dans une situation cependant marginale. Le Trésor public, créancier privilégié, avait fait remise des intérêts échus postérieurement au jugement déclaratif. La Haute Juridiction a décidé qu'une telle remise n'était pas «une remise de dette volontaire et gratuite... mais une remise concordataire» (3). Juridiquement, la qualification est certainement discutable (4) ; logiquement, elle l'est beaucoup moins. En effet, une telle remise entre dans le cadre de la procédure de concordat ; même si elle n'est pas imposée au créancier par la loi et la majorité des autres créanciers, elle est inspirée par les mêmes raisons qui ont poussé l'assemblée concordataire à restreindre les droits des créanciers. L'arrêt est d'ailleurs motivé par ces considérations puisque la Cour relève que la remise représentait «un sacrifice

(1) On peut en revanche trouver à la discrimination légale une justification pratique d'inspiration sociologique. Le cautionnement simple est à l'heure actuelle devenu si rare qu'il ne peut se rencontrer que dans des opérations extérieures au monde des affaires. Il est donc équitable de protéger cette caution des rigueurs d'une procédure typique du droit des affaires.

(2) Les créanciers privilégiés ou titulaires de sûretés réelles ne doivent respecter le concordat qu'au cas où ils ont gardé le silence pendant les trois mois suivant la demande de prise de position que leur adresse le syndic après le dépôt des propositions concordataires (art. 69, loi 13 juillet 1967).

(3) Com. 26 juin 1963, Bull. civ. 1963, III, n° 333, p. 279 ; D. 1963, 581, note R. RODIERE.

(4) Mr le Doyen RODIERE conteste cette qualification non pas en son principe, mais en son application aux intérêts d'une créance (note précitée, n° 4 à 6, pp. 584, 1^{er} col. in fine et 585). Ces intérêts ne peuvent, selon lui, constituer une créance dont l'examen est soumis à l'assemblée concordataire puisque les intérêts ne courent pas contre la masse. Par conséquent toute décision de remise les concernant ne peut qu'être extérieure à la décision générale et revêt obligatoirement un caractère individuel et donc gracieux (note précitée n° 5 et 6). Cet enchaînement de conséquences ne nous paraît pas à l'abri de la critique, car les contingences de la procédure de concordat, justement invoquées par la Cour d'appel et reprises par la Cour de cassation, pèsent autant sur les décisions individuelles que sur le vote collectif.

important pour les créanciers et *était* la condition essentielle sans laquelle le concordat n'aurait pu aboutir»... Remise décidée par l'assemblée concordataire et remise octroyée par un créancier privilégié découlent des mêmes raisons et sont octroyées pour les mêmes motifs et dans les mêmes buts. Cette identité justifie l'assimilation prétorienne.

Le problème rebondit cependant si l'on prend garde à la possibilité qui s'ouvre à la caution d'invoquer le bénéfice de subrogation de l'article 2037 C. civ. En effet, le créancier, en faisant remise d'une fraction de sa dette, diminue son recours contre le débiteur. Il s'interdit donc de réaliser intégralement sa sûreté réelle (ou de bénéficier de la totalité de son privilège). Son droit préférentiel se trouve amputé par son propre fait, et par son fait volontaire. Or il ne libère pas la caution dans la proportion de cette amputation ; il ne pourra donc la subroger que dans un droit tronqué, ce qui fait indéniablement naître un préjudice : l'article 2037 C. civ. semble pouvoir jouer et libérer la caution.

L'argument n'est cependant pas irréfutable. Parmi les conditions posées en droit positif pour que joue l'exception de subrogation, la jurisprudence impose la nécessité d'une faute commise par le créancier dans le déprissement de ses droits préférentiels (1). Or peut-on dire qu'il y a faute à accorder une remise qualifiée de concordataire ? Assurément pas. C'est donc sur ce terrain que le créancier pourra écarter la défense de la caution. La remise insérée dans une procédure d'apurement du passif ne peut donc pas profiter à la caution. Cette solution, affirmée pour l'hypothèse d'une remise volontaire, doit être étendue à l'hypothèse d'une remise concordataire imposée au créancier en raison de sa passivité (2). Que le fait de laisser s'écouler le délai de trois mois soit pour le créancier la manifestation tacite de son consentement au concordat, ou qu'il soit la conséquence d'une négligence, la solution est la même : la procédure concordataire englobe la remise, lui confère sa nature et ses caractères (3).

La remise concordataire reste donc pour toutes les cautions d'un concordat le fruit auquel elles n'ont pas droit. Une telle situation, aggravée par l'impossibilité de l'action récursoire pour le tout, est-elle équitable ?

(1) Cf. infra n° 397 à 401.

(2) La Cour de cassation a ainsi jugé (Com. 14 février 1972 : précité) que le fait pour le créancier hypothécaire de subir un concordat d'attribution pour n'avoir pas repoussé les propositions concordataires ne conférait à sa caution le bénéfice des délais concordataires. La solution eut été la même au cas de remise, la motivation de l'arrêt étant très générale.

(3) Ceci évite au surplus d'avoir à s'interroger sur le sort du créancier qui n'est pas averti par le greffier du dépôt des propositions concordataires, et à qui on ne demande pas de prendre position. Le concordat lui est-il opposable, en raison de son silence, ou peut-il exciper de sa bonne foi ? En faveur de l'opposabilité du concordat : Trib. gr. inst. Pontoise, 2 avril 1974, Rev. Syndics, 1974, p. 216, n° 38, et p. 292, n° 32 ; Rev. trim. dr. com. 1975, p. 370, obs. R. HOUIN. En faveur de son opposabilité : Paris, 15 janvier 1974, D. 1974, 349 ; Rev. Syndics, 1974, p. 215, n° 37. Quoi qu'il en soit, ce créancier conservera son recours contre la caution pour l'intégralité de sa créance.

b) Valeur en équité

150. — **Cautions dans cette situation.** Le sort réservé à la caution paraît à première vue bien sévère (1) et le fait que les créanciers ou le juge soient contraints de rappeler la règle (2) tendrait à prouver qu'elle est ressentie comme injuste.

A mieux y regarder la solution législative est au fond parfaitement équitable. L'explication provient du seul fait irréductible - la cessation des paiements du débiteur - et d'une comparaison avec l'hypothèse de la liquidation des biens. La solvabilité du débiteur qui cesse ses paiements est nécessairement fort réduite et réalise donc le risque en garantie duquel la caution s'est engagée (3). C'est pourquoi dans l'hypothèse où la liquidation des biens est prononcée, elle doit fort logiquement régler au créancier l'intégralité de la dette. La subrogation ne lui offre qu'un droit à une part dans la répartition des fonds provenant de la liquidation.

Les éléments fondamentaux demeurent identiques lorsque l'intérêt général et la situation économique du débiteur décident le Tribunal à prononcer le règlement judiciaire. La même solution doit donc être appliquée ; cela se fera d'autant plus aisément que les cautions sont, en cette matière, des personnes qui n'appellent pas de faveur particulière. L'ont peut en effet regrouper en trois catégories les cautions généralement concernées par une « faillite » (4).

Ce sont d'abord et surtout les dirigeants de droit ou de fait des personnes morales débitrices. Pour eux le cautionnement joue le rôle, au plan conventionnel, que tiennent au plan judiciaire les actions en comblement de passif

(1) Cf. J. BEGUIN : (*Les procédures spéciales aux affaires*, Paris, Lib. Tech., 1973) qui considère que la règle de l'art. 49 L. 67 est « assez sévère » (n° 196, p. 293 in fine).

(2) Certains formulaires de cautionnement (B.N.P., ; C.C.F.) prennent le soin de préciser que le cautionnement sera maintenu en cas de « faillite » du débiteur. De même les nombreux arrêts concernant le problème de la caution face à la remise concordataire prouvent que la règle est encore contestée (cf. supra les décisions citées notes 4 à 6, p. 166).

(3) Insolvabilité et cessation des paiements ont beau être des notions distinctes, elles restent trop souvent liées. (Sur cette triste réalité en cas de règlement judiciaire avant la réforme, cf. le Rapport précité de l'Inspection Générale des Finances, n° 108 et suiv., pp. 42 et suiv., et spécialement n° 120, p. 52 et n° 139, p. 58).

(4) L'usage du terme faillite pour désigner l'ensemble de la matière est resté vivace tant en pratique qu'en doctrine (cf. le Rapport de l'Inspection Générale des Finances, précité, note 3, p. 1). Nous le respecterons chaque fois qu'aucun risque de confusion ne sera possible, avec l'aval d'une doctrine autorisée qui estime le terme faillite plus « parlant... plus clair et plus simple ». R. RODIERE, *préface* de l'ouvrage collectif *Faillites*, Paris, Dalloz, 1970, p. 1.

ou en extension de procédure (articles 99 et 101 - loi du 13 juillet 1967) (1). Les milieux commerciaux français estiment en effet que l'action en comblement de passif et l'extension de faillite sont des facteurs d'assainissement, et à ce titre des éléments bénéfiques du droit de la faillite (2). Le cautionnement aboutit au même résultat, mais présente en outre l'avantage de jouer même en dehors de ces actions particulières qui ne peuvent qu'être exceptionnelles et de droit étroit (3) (4).

Les cautions en matière commerciale sont aussi, souvent, des banques. Aucun élan de faveur ne peut les soutenir en raison de la rentabilité que représente pour elles l'opération de cautionnement. Les banques monnayent leur intervention (5), demandent des contre-garanties (6) et évaluent le risque de telle sorte que, la loi des grands nombres aidant, les opérations de caution-

(1) Ces procédures ont un rôle protecteur vis à vis des tiers (cf. R. LEGAIS : *L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, Rev. trim. dr. com., 1957, pp. 289 et suiv.) et un rôle de sanction des dirigeants (cf. J.F. ARTZ : *L'extension du règlement judiciaire et de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux*, Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 1 à 33. Cet auteur estime que le caractère répressif de la procédure d'extension a été accentué par la loi du 13 juillet 1967 ; passim et plus spécialement n° 4, pp. 5 et 6, et n° 26 p. 33). — Ces deux aspects existent à l'identique dans le cautionnement, qui en outre est dépourvu de l'effet paralysant que certains attribuent à l'art. 99, L. 1967 (L.M. MARTIN : *Sûretés traquées : crédit détraqué*, Banque 1975, pp. 1133 à 1139, spécialement p. 1135, 1^e col.).

(2) Cf. R. HOUIN : *Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives*, in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Travaux de la quatrième journée d'études juridiques Jean DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp. 119 à 136, spécialement p. 126 in fine.

(3) Cf. J. BEGUIN : *Les extensions de passif en droit commercial*, Thèse, Rennes, 1965, dactyl., 593 fffs, p. 11 bis in fine et p. 12.

(4) L'assimilation des deux mesures avait paru si complète à une caution qu'elle excipait de l'extinction de son cautionnement en raison de sa condamnation sur le terrain de l'art. 99. La Cour d'appel de Montpellier (29 novembre 1973 - ROBISCO c/ PASQUIE (inédit) l'a fort justement déboutée au double motif de pur fait que : 1° : l'action en comblement laissait un solde non couvert ; 2° : le créancier avait intérêt à conserver son titre individuel « moins lourd à manier qu'un titre collectif » et qui donnait droit à un paiement sans concours.

(5) Cf. pour les taux pratiqués : J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution*, Thèse, Lille, 1963, éditée Paris, Sirey, (1964) sous le titre : *Le cautionnement bancaire* (Bibl. dr. com., t. 9, préf. M. Vasseur, pp. 118 et suiv. Actuellement les taux des commissions varient entre 1 et 2,5 % par an du montant total de l'engagement de la caution, ce qui peut être considérable. Ces taux sont fonction de la nature de la dette principale et des conditions du cautionnement, mais surtout de la surface du débiteur, de la confiance que lui accorde le banquier et des sûretés réelles que le banquier ne manque jamais d'exiger (nantissement de valeurs mobilières dans la grande majorité des cas). — Cf. également : *Dictionnaire permanent de Droit des Affaires* : rédacteurs en chef : C. CHAMPAUD et J. SARRUT (Ed° législatives et administratives, Paris, 1965), 1^e partie, t. 1. Vis cautions et avals de banque (1973), n° 18, p. 245 et V° crédit (1973), n° 38, p. 362, f. 1. — Adde : P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. com., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT (1972), n° 33.

(6) J.P. WATTIEZ : Thèse précitée, pp. 120 et suiv., et obs. citées note précédente.

nement sont parmi les plus fructueuses pour elles (1) : aucune raison donc de les protéger spécialement.

Enfin les cautions sont, beaucoup trop fréquemment au demeurant, le conjoint ou les parents du commerçant ou du dirigeant de la société débitrice (2). Ce conjoint ou ces parents vont donc pâtir de la règle dégagée par le législateur au cas de règlement judiciaire. Il faut cependant considérer qu'ils ont profité de l'activité commerciale qui a mené à la cessation des paiements, que ce profit ait été direct ou indirect (3). Ici non plus l'équité ne vient donc pas au secours des cautions.

151. — Equité générale de la règle. La règle que l'on a étudiée et dont on vient de dégager le caractère équitable en ce qui concerne la caution est également équitable pour les autres intéressés, à savoir le débiteur et le créancier. L'avantage qu'elle accorde au créancier se passe de commentaire. Il n'y a cependant aucune amélioration de son sort par rapport à l'hypothèse de liquidation des biens, ou de déconfiture. En ce cas, en effet, il peut poursuivre la caution pour la totalité de la dette sans qu'aucune difficulté se présente. L'équité pousse donc à unifier la situation du créancier au cas d'insolvabilité du débiteur (ou de cessation des paiements), quelle que soit la procédure de liquidation du passif employée. De plus, et l'argument est d'importance, la longueur des délais prévus par les concordats combinés avec le jeu de la dépréciation monétaire font que le créancier perdrait la totalité de sa créance s'il ne pouvait exiger le paiement intégral et immédiat de la caution (4). Après Mr le Président ITHURBIDE, la Cour d'appel de PARIS (5) a relevé que tout concordat, même le concordat à 100 % (qui ne prévoit donc que des délais de paiement) «apparaît comme un simple intérêt à verser pendant quelques années à des créanciers qui feraient ainsi abandon de leur capital». Il est donc vital pour le créancier que le concordat ne bénéficie pas à la caution. Ce n'est pas à lui de supporter l'insolvabilité du débiteur, mais bien au garant qui s'est engagé dans ce but.

(1) Cf. P. JESTAZ : «Il arrive même que les banques se fassent payer aussi cher que si elles décaissaient des fonds», op. cit. n° 33. — Sachant que «le crédit par caution est devenu l'une des opérations les plus courantes du commerce bancaire» (J.P. WATTIEZ : Thèse précitée, p. 161 (et les statistiques fournies à l'appui de cette affirmation), on peut mieux mesurer le profit que représente les cautionnements pour les organismes bancaires.

(2) La pratique varie suivant les banques, mais l'exigence de sûretés multiples est une constante de la technique française du crédit dans laquelle le prêt personnel demeure l'exception.

(3) Le droit pénal des affaires prend d'ailleurs en considération ce phénomène puisque le conjoint, les descendants ou alliés du débiteur en état de cessation des paiements qui ont diverti, détourné ou recélé des effets dépendant de l'actif sont punis de la prison (2 mois à 2 ans) et de l'amende : art. 144, loi 13 juillet 1967.

(4) Cf. le Rapport de l'Inspection Générale des Finances précité, n° 141 et 142, pp. 59 et 60.

(5) Paris 3 février 1960, cité, ainsi que les propos de Mr ITHURBIDE, Président du Trib. de Com. de Paris, dans le rapport précité, n° 142, pp. 59 et 60.

Quant au débiteur, la mesure lui est profitable car elle facilitera l'obtention d'un concordat. Dans la réglementation du Code de 1807, seul le créancier qui ne votait pas le concordat conservait son recours intégral contre la caution. Le cautionnement devenait donc une incitation au refus du concordat et ne remplissait plus son but. Au contraire, dans la solution actuelle, le créancier, dégagé de ces soucis, pourra participer au vote sans craindre de perdre sa sûreté (1).

Le cautionnement, intégralement maintenu, présente donc des avantages certains. L'échec à la règle de l'accessoire doit cependant trouver une explication.

B — Fondement de la solution législative

152. — Les diverses conceptions. Comment expliquer que la caution ne bénéficie d'aucune des faveurs accordées au débiteur et soit même contrainte de respecter les remises faites lorsqu'elle agit contre lui en remboursement ? Diverses explications ont été proposées qui s'attachent à conserver le caractère de remise de dette à l'acte concordataire (a) ; sur cette base l'explication demeure malaisée. Il faut au contraire modifier l'éclairage et privilégier le caractère procédural de la mesure : les solutions s'assemblent alors parfaitement (b).

a) Rejet des analyses reposant sur la notion de remise

153. — Les variations sur la nature de remise. Les explications qui retiennent la nature de remise sont insatisfaisantes.

(1) Ce point constitue l'un des trois appuis de l'avantage des sûretés personnelles sur les sûretés réelles en cas de cessation des paiements du débiteur.

1^o) Alors que le créancier titulaire d'une sûreté réelle perd sa sûreté s'il vote le concordat, le créancier cautionné ne risque rien dans la même hypothèse.

2^o) Alors que le créancier titulaire d'une sûreté réelle est soumis à la remise concordataire s'il ne refuse pas les propositions du débiteur en temps utile, le créancier cautionné conserve toujours l'intégralité de ses recours.

3^o) Alors que le créancier titulaire d'une sûreté réelle est soumis à la suspension des poursuites individuelles au moins jusqu'à l'état définitif des créances (en pratique un an à dix-huit mois), le créancier cautionné peut obtenir paiement immédiatement.

Enfin en cas de procédure de redressement (suspension provisoire des poursuites, Ord. 23 septembre 1967), le créancier titulaire d'une sûreté réelle est démuné de tout pouvoir jusqu'à la fin du plan (3 ans) alors que le créancier cautionné conserve ses recours contre la caution solidaire (mais non la caution simple).

Une première analyse propose de voir dans le concordat une remise de poursuites (1). Le créancier renoncerait à poursuivre le débiteur principal pour une fraction de la dette, mais conserverait contre la caution l'intégralité de son action. Cette affirmation ne fait que déplacer le problème du fond du droit à l'action qui le défend mais n'explique pas la différence de sort faite à la caution. La règle de l'accessoire est tenue en échec sans raison apparente.

La deuxième tentative pêche par le même défaut. Elle consiste à généraliser à toutes les remises onéreuses l'absence de répercussion de leur bénéfice sur la caution (2). L'élégance de la solution n'en masque pas la faiblesse (3). De plus rien ne justifierait alors la différence de régime entre le concordat amiable et la remise insérée dans un concordat judiciaire.

La troisième explication recherche dans le caractère imparfait de la remise concordataire l'explication du sort de la caution. Puisque le concordat laisse subsister l'obligation originaire à titre d'obligation naturelle (4), la caution garantirait civilement une telle obligation (5). La critique de cette théorie est vive même chez les auteurs qui acceptent la possibilité de cautionner

(1) Cf. P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n° 116, p. 108 et n° 196, p. 177 — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 302.

(2) Cf. A. BERTAULD : note au Dalloz périodique, 1868, 2, 97.

(3) Cf. la critique qu'en fait le doyen P. VOIRIN dans sa note au Dalloz, 1933, 2, p. 3, 1^e col.

(4) En ce sens une jurisprudence particulièrement fournie (V. notamment : Req. 1^{er} décembre 1863, S. 1864, 1, 158 — Civ. 29 avril 1873, S. 1874, 1, 127 — Civ. 29 janvier 1900, D. 1900, 1, 200. — Cass. 30 décembre 1908, D.P. 1909, 1, 132) et une doctrine quasi-unanime (C. LYON-CAEN et L. RENAULT : *Traité de droit commercial*, 2^e ed°, t. 7, n° 617 a. — J. PERCEROU et M. DESSERTAUX : *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (anc. coll. THALLER), 2^e ed°, 1937, t. 2, n° 1368). — V. cependant : M. GOBERT : *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse, Tunis, 1957, Sirey, Paris (1957), (Bibl. de l'Inst. des Htes Et. de Tunis, t. 6, préf. J. FLOUR). Cet auteur rejette le recours à l'obligation naturelle en raison de son inutilité (thèse précitée, pp. 39 à 42). La remise concordataire éteindrait définitivement la fraction de l'engagement abandonnée par les créanciers ; cependant, si le débiteur la paye volontairement et en connaissance de cause, la répétition de l'indu est impossible en raison de l'absence d'erreur. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à l'obligation naturelle dont la seule utilité était de valider le paiement volontaire du débiteur.

(5) Il faut cependant remarquer que la survivance d'une obligation naturelle (si on ne l'écarte pas par principe : cf. note précédente) n'est envisageable qu'au cas où le concordat ne comporte pas de clause de retour à meilleure fortune. En effet l'insertion d'une telle clause, analysable en une condition suspensive (sous réserve des circonstances spéciales entourant chaque espèce), conserve à l'engagement du débiteur une nature intégralement civile. Il est simplement divisé en deux fractions : d'une part le dividende concordataire ; d'autre part la portion de dette que le débiteur sera contraint de payer dès que sera réalisée la condition d'un enrichissement suffisant. Cette seconde fraction conserve donc une nature civile, mais conditionnelle. Même sur cette base, le régime du cautionnement se sépare de celui de l'obligation principale puisque la caution ne peut invoquer le bénéfice de la condition et doit régler la totalité de l'engagement.

une obligation naturelle (1) : en effet seul le cautionnement d'une obligation qui serait naturelle à l'origine serait acceptable. Il faut que la caution ait agi en connaissance de cause. La persistance de l'engagement garantissant une obligation civile qui, en cours d'existence, est transformée en obligation naturelle ne saurait être admise de la même façon. Ne trouvant pas d'écho chez les partisans du cautionnement de l'obligation naturelle, une telle explication ne peut en recevoir dans la doctrine moderne qui rejette la possibilité de cautionner une obligation naturelle (2). Aucune des tentatives d'explication reposant sur l'analyse de la remise concordataire n'est donc satisfaisante.

154. — Les variations sur la nature du concordat. La recherche de la nature juridique du concordat n'est pas d'un plus grand secours dans notre démarche.

Il est évident que le concordat n'est accordé que sous la pression des nécessités économiques et de «la crainte d'un plus grand mal» (3). Le créancier qui se lance dans un «pari d'ordre économique... sur le redressement du débiteur» (4) subit tout autant la remise que celui qui s'oppose au concordat ou est absent.

Pour justifier l'effet du concordat à l'égard de tous les créanciers l'on a recours à diverses analyses. Parfois présenté comme un acte judiciaire (5), il est plus souvent analysé en un acte consensuel et qualifié alors d'acte collectif (6)

(1) Cf. A. WAHL : *Précis théorique et pratique de droit commercial*, 1922, n° 2687. — E. THALLER et J. PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, 8^e ed° (1931), n° 2105, pp. 1268 et 1269. — J. PERCEROU et M. DESSERTAUX : *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e ed°, t. 2 (1937), n° 1375, pp. 867 et 868.

(2) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 995, pp. 334 et 335, et les auteurs cités note 3, p. 334. — G. RIPERT et J. BOULANGER : *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1325, pp. 501 et 502. — P. MALAURIE : *J. Cl. civ.*, art. 1235 (obligation naturelle), 1959, n° 116 à 118. — Nota : la suggestion faite par MMrs RADOUANT et MALAURIE (op. cit.) d'une transforamtion de l'obligation naturelle en obligation civile par le seul fait du cautionnement, ne résiste pas à la critique, notamment dans l'hypothèse étudiée du cautionnement de l'obligation tronquée par la remise concordataire. Cf. P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, 1970, n° 60. — H., L., et J. MAZEAUD : *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, 5^e ed° par F. CHABAS, 1977, n° 14, p. 21. — Adde : F. LAURENT et sa position très tranchée dans le sens du rejet : *Principe de droit civil français*, t. 28, 4^e ed°, 1887, n° 141 à 143, pp. 153 à 157.

(3) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, 2^e ed°, 1895, n° 227, p. 257.

(4) P. JESTAZ : op. cit., n° 302.

(5) Ces thèses inspirées par la doctrine germanique, n'ont pas été reçues en France : Cf. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX : op. cit., n° 1286 et suiv., pp. 747 et suiv. — J. ARGENSON et G. TOUJAS : *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillites*, 4^e ed°, t. 2, 1973, n° 960 et 961, pp. 14 à 17. — N.M.K. GOMAA : *Le concordat*, in *Faillites*, ouvrage collectif présenté et dirigé par R. RODIERE, Paris, Dalloz, 1970, pp. 303 à 333, spécialement n° 21, pp. 330 et 331.

(6) G. ROUJOU de BOUBÉE : *Essai sur l'acte juridique collectif*, Thèse, Toulouse, 1959, Paris, L.G.D.J. (1961), (Bibl. dr. pr., t. 27, préf. de G. Marty) p. 165 in fine et p. 166.

de contrat collectif (1) ou de convention collective (2). Les parties à l'acte sont d'une part le débiteur et d'autre part soit la masse (3) soit les créanciers pris ensemble.

Le résultat de ces tentatives n'est guère probant. Le fait que le concordat ne soit pas un acte libéral ne suffit pas à mettre en échec la règle de l'accèssoire. Quant à donner au créancier le pouvoir de la repousser par sa seule volonté, nous avons déjà vu qu'il ne saurait en être question (4) pour un créancier isolé. Le nombre n'ajoute rien à l'impuissance pour la volonté unilatérale de dissocier le sort de la caution de celui du débiteur principal. La remise, individuelle ou collective, doit profiter à la caution pour être telle.

Puisqu'elle ne permet pas d'expliquer la solution législative, elle doit être abandonnée au profit d'une vision plus technique de la situation.

(1) A. ROUAST : *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909, pp. 239 et 240. — Adde : les auteurs cités à la pénultième note et : C. LYON-CAEN et L. RENAULT : *Traité de droit commercial*, t. 8, 5^e ed°, avec le concours d'A. AMIAUD, 1935, n° 1262. — R. HOUIN et F. DERRIDA : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. com., 1^e ed° (1957) V^{is} FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE, partie consacrée au concordat, n° 2403. — R. HOUIN : *Cours de droit commercial*, 4^e année de licence, 1970-71, Les Cours de droit, Paris, p. 249. — R. RODIERE : *Droit commercial*, t. 2, Paris, Dalloz (Précis), 1972, n° 308, pp. 309 et 310.

(2) G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed°, 1973, n° 3187, p. 785.

(3) Cf. plus spécialement : N.M.K. GOMAA : art. précité, n° 10, pp. 328 à 330. — R. HOUIN et F. DERRIDA : op. et loc. cit. — Cette analyse postule l'octroi à la masse de la personnalité morale. La grande majorité de la doctrine y est favorable (Cf. A. HONORAT : *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*, Mélanges A. AUDINET, Paris, PUF, 1968, pp. 227 à 250, spécialement n° 20 à 21, pp. 233 à 237) et trouve dans chaque évolution jurisprudentielle l'occasion de réaffirmer son crédo (Cf. J. GHESTIN : *La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse)*, J.C.P. 1976, I, 2786 : première partie de la chronique). Il est tout de même permis d'insister sur le silence du législateur et sur « la réticence du juge à l'affirmer » (R. PLAISANT : *la recevabilité de l'action en responsabilité intentée par le syndic contre une personne ayant la qualité de créancier compris dans la masse*, Rev. syndics, 1975, pp. 171 à 176, spécialement n° 6, p. 174) qui justifient la grande prudence de certains auteurs. (M. CABRILLAC : Note au Dalloz, 1965, pp. 129 à 131, spécialement p. 129, 2^e col. in fine ; à propos du patrimoine de la masse).

(4) Cf. supra à propos des réserves assortissant la dation en paiement (n° 204) ou la remise de dette (n° 247 à 253).

b) Adoption d'une analyse reposant sur le caractère procédural du concordat

1° Démonstration

155. — Eléments du caractère procédural. Pourquoi la remise concordataire ne profite-t-elle pas à la caution ? Le plus simple n'est-il pas de répondre que c'est en raison de la nature de l'acte qui ne constitue pas une remise, mais une procédure destinée à fixer le montant de la part de créance qui sera payée ? Le parallèle que l'on peut établir avec la procédure de liquidation des biens permet de mieux révéler ce caractère.

L'état d'union autorise le juge commissaire à répartir les fonds entre les différents créanciers. Le montant de la fraction de créance perçue est déterminé en fonction des fonds à partager. Il n'y a en l'espèce aucune intervention des créanciers mais une simple opération arithmétique. Et la dette de la caution survit dans son intégralité (tout comme celle du débiteur d'ailleurs).

La loi du 13 juillet 1967 paraît avoir sensiblement rapproché de celle-ci la procédure de fixation du dividende par concordat. Elle a diminué le rôle des créanciers dans la vérification du passif, augmentant corrélativement les pouvoirs des organes de gestion (1). Le peu d'importance accordé aux décisions individuelles des créanciers, l'absence de concertation qui devrait normalement précéder toute résolution digne de ce nom, ont été mis en relief (2). En dévaluant les assemblées de créanciers (3), la loi de 1967 a indéniablement amorcé une évolution qui tend à régler le sort de l'entreprise débitrice en dehors du consensus des créanciers (4). L'intérêt général prime leurs intérêts privés (5).

(1) Cf. R. HOUIN : *Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives*, rapport précité in *Idees nouvelles sur le droit de la faillite*, p. 129 (70).

(2) F. DERRIDA : *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Paris, Defrénois, 1969, n° 130, pp. 153 et 154.

(3) G. LAGARDE : *Le nouveau régime du règlement judiciaire de la liquidation des biens, de la faillite personnelle et des banqueroutes* ; Communication aux journées « d'Actualité de droit de l'entreprise », Montpellier, 1968, Paris, Libr. Techn. (1969), pp. 91 à 97 ; spécialement p. 90 : « Quant aux assemblées de créanciers elles sont fort dévaluées... On a préféré renforcer le contrôle judiciaire jugé infiniment plus efficace ».

(4) Sur l'importance de la place que prend le juge dans le choix des solutions et l'homologation du concordat : cf. M. CABRILLAC : *Rapport sur : Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français*, Travaux de l'association H. CAPITANT, Montpellier, 1970 (t. 22, Paris, Dalloz, 1975. Le rôle du juge en présence des problèmes économiques) pp. 152 à 166, spécialement II-A du rapport : pp. 162 et 163.

(5) L'on a ainsi pu affirmer que, dans le règlement judiciaire en particulier, « la traditionnelle tension qui se développait entre créanciers et débiteur tend à s'estomper pour être substituée par l'opposition intérêt individuel - intérêt collectif ». J.P. GASTAUD : *Personnalité morale et droit subjectif*, Thèse précitée, Nice, 1974, dactyl., t. 2, p. 77. — Par opposition, en effet, la liquidation des biens a pour fin principale d'assainir les circuits économiques et de favoriser la réalisation des droits individuels des créanciers ; il faut y voir « paradoxalement le signe d'une volonté fondamentalement attachée à l'individualisme traditionnel » (ibid. p. 76).

L'évolution s'est poursuivie avec l'ordonnance du 23 septembre 1967 et la procédure de suspension provisoire des poursuites dans laquelle les créanciers ne sont même pas entendus.

Il est donc permis, tenant les termes de cette évolution, d'en privilégier l'aspect procédural pour l'utiliser comme pierre angulaire de l'explication du mécanisme légal. Il ne faut voir dans le concordat qu'une procédure visant à déterminer le dividende perçu par les créanciers. Sa fixation est effectuée en fonction d'éléments économiques et ne doit rien à la morale ou au bon cœur des créanciers : il ne leur est demandé que d'adhérer aux propositions qui sont établies (1). Le caractère de la remise concordataire apparaît mieux. Mélange de contraintes légales et d'adhésion volontaire, elle se rapproche plus de la fixation arithmétique du pourcentage de créance qu'il faut raisonnablement sacrifier que de l'octroi d'une faveur, même intéressée.

Cette position avait été évoquée par THALLER et PERCEROU, dans leur traité élémentaire de droit commercial, qui écrivaient : «un concordat n'a d'autre but que de fixer le dividende de la faillite : il ne faut pas l'isoler de la procédure d'ensemble dont il est l'aboutissement ; il est la résultante de la faillite elle-même, comme le serait la fixation d'un dividende d'union» (2).

Ce caractère a été renforcé encore par la loi du 13 juillet 1967. Comme auparavant, l'efficacité de la décision des créanciers est toujours soumise à son homologation par le Tribunal. Mieux, c'est ce même Tribunal qui est seul juge de l'opportunité de prononcer le règlement judiciaire et de le conserver jusqu'à ce que le concordat soit homologué. Sur de simples informations du syndic estimant que l'entreprise n'est pas en mesure de présenter des propositions sérieuses de renflouement, la conversion du règlement judiciaire en liquidation de biens sera prononcée. Les créanciers ne sont donc jamais maîtres de la remise concordataire. Ils ne sont maîtres ni du droit de l'octroyer, ni de son efficacité une fois accordée, qui appartiennent au Tribunal. Il ne sont

(1) La loi du 13 juillet 1967 a eu pour but de valoriser le concordat. Elle a, à cette fin, procédé à une distinction de l'homme et de l'entreprise (cf. sur ce point la communication de R. HOUIN : *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, publiée en annexe du rapport de l'Inspection Générale des Finances, *Aspects économiques de la faillite et règlement judiciaire*, précité, pp. 135 à 140). Il faut prendre en considération les impératifs et les servitudes de la vie économique. (Sur le rôle du juge dans l'appréciation des éléments économiques de la situation de l'entreprise proposant un concordat : cf. M. CABRILLAC, Rapport sur : *le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial* français, précité, pp. 156 et 157 (I.A. du rapport)). Seuls les aspects économiques entrent en jeu, et en poussant l'abstraction on pourrait affirmer que, dans l'optique du législateur de 1967, il n'y a dans chaque espèce qu'un seul concordat possible : celui qui, imposé par les données financières et techniques de l'affaire, correspond au maximum de chances de renflouement. Les créanciers ne pourraient donc en toute logique qu'accepter ou refuser un tel concordat, les amendements ayant pour conséquence de lui retirer son caractère sérieux et donc d'en interdire l'homologation par le Tribunal. Malheureusement la réalité des affaires jugées montre le fossé qui sépare le concret de l'abstrait.

(2) E. THALLER et J. PERCEROU : *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, 8^e éd^o, Paris, Rousseau, 1931, n^o 2106, p. 1269.

même pas maîtres de son montant qui est déterminé en fonction des seuls critères économiques.

La caution ne peut pas invoquer le bénéfice d'une telle mesure qui n'est qu'une simple opération d'administration du passif dans la procédure collective (1). La caution remplit totalement son rôle : à elle, qui aura payé l'intégralité de la dette, d'attendre le paiement échelonné des dividendes et le retour à meilleure fortune pour le remboursement intégral ; à elle de supporter définitivement la dette au cas fort probable où la fortune ne viendrait plus renouer avec le débiteur, tout au moins sous sa forme juridique antérieure. Le but du cautionnement est atteint.

2° Conséquences

156. — Conséquences sur les hypothèses non régies par un texte.

1) L'explication retenue permet de justifier nombre de solutions spéciales affirmées par la loi ou la jurisprudence. Ainsi en est-il de la distinction faite entre les concordats par abandon d'actif suivant qu'ils se déroulent en dehors ou dans le cadre d'une procédure. Extérieur à toute procédure, l'abandon d'actif avec remise de dette libère la caution (2) ; exécuté dans le cadre d'une procédure judiciaire, il est au contraire un véritable concordat qui ne profite pas à la caution (3).

2) De même le caractère procédural du concordat permet d'étendre à la remise consentie par les créanciers munis d'un droit préférentiel la solution retenue pour la remise décidée par l'assemblée concordataire (4). Nous avons vu comment se posait le problème : la remise consentie par un tel créancier, ou bien celle qu'il supporte parce qu'il n'a pas repoussé les propositions concordataires en temps utile, sont qualifiées de « concordataires » (5). En conséquence elles ne peuvent profiter à la caution.

(1) Le caractère extinctif de la remise concordataire apparaît d'ailleurs de plus en plus douteux ; on hésite actuellement à laisser à la clause de retour à meilleure fortune le rôle de seul élément novatoire de l'obligation naturelle en obligation civile ; la tendance est à la reconnaissance d'une obligation civile dont l'exécution serait suspendue à une condition : le renflouement. La remise concordataire perdrait donc tout effet extinctif. Cf. dans cette optique : G. RIPERT et R. ROBLOT : *op. cit.*, t. 2, 7^e ed°, n° 3223, p. 801 et les références citées.

(2) Civ. 7 juin 1867, D. 1867, 1, 219 ; S. 1867, 1, 356. Req. 7 janvier 1889, D. 1890, 1, 422 ; S. 1892, 1, 372.

(3) Req. 15 janvier 1901, D.P. 1901, 1, 325 ; S. 1902, 1, 41. Req. 6 février 1906, S. 1906, 1, 481, note C. LYON-CAEN ; D.P. 1908, 1, 225, note J. VALERY.

(4) Cf. *supra* n° 149.

(5) Pour la remise volontaire, cf. Com. 26 juin 1963, Bull. civ. 1963, III, n° 333, p. 279 ; D. 1963, 581, note R. RODIERE. — Pour la remise subie, cf. par analogie : Com. 14 février 1972, cité et expliqué *supra* note 5, n° 148, p. 166.

L'unicité de régime ainsi obtenue grâce à l'effet de la procédure concordataire, qui s'étend par osmose aux remises consenties dans son cadre, est bénéfique. Il eut été gênant d'excepter la remise volontaire du créancier privilégié mais non la remise décidée par l'assemblée concordataire et qui s'imposait à lui en raison de son inaction. Comment savoir si sa passivité était due à son désir d'accepter le concordat (remise volontaire tacite) ou à sa négligence (remise imposée). Bien préférable est la solution unique justifiée par le caractère procédural du concordat.

3) Ce même caractère permet enfin de justifier la différence d'effet reconnue à la remise consentie dans un concordat amiable. L'absence d'une procédure judiciaire interdit d'y voir la fixation d'un dividende ; cette remise libère le débiteur et par là même ses cautions (1).

Au contraire la remise consentie même volontairement, sans qu'aucune pression ne vienne gêner le créancier, dans le cadre de la suspension provisoire des poursuites ne peut profiter à la caution (article 35 Ord. 23 septembre 1967) (2). L'intervention d'une procédure justifie ici comme dans l'hypothèse du concordat la non-extension de la mesure à la caution.

Chaque fois que la fraction de la dette que le débiteur n'aura pas à acquitter immédiatement est fixée dans le cadre d'une procédure judiciaire, la caution ne peut invoquer le bénéfice de la mesure. Elle doit donc, lorsqu'elle est poursuivie en paiement par le créancier, régler la totalité de la dette cautionnée.

157. — Conséquences sur le recours de la caution.

4) Le recours après paiement de la caution obéit cependant à la loi commune. Les règles générales de la faillite suffisent à expliquer le sort de ce recours. Deux voies sont ouvertes à la caution : soit le recours subrogatoire (article 2029 C. civ.), soit le recours personnel (article 2028 C. civ.). Si elle choisit le recours subrogatoire, elle ne sera subrogée que dans une action tronquée par le concordat et en subira donc les effets. Si elle choisit le recours personnel de l'article 1018 C. civ., elle subira les mêmes contraintes, puisque c'est en vertu d'un contrat antérieur à la déclaration d'un règlement judiciaire qu'elle se retourne contre le débiteur. L'antériorité de cet acte générateur lui fait acquérir la qualité de créancier dans la masse et lui fait donc subir les effets du concordat (3) (4).

(1) Cf. supra n° 149.

(2) Il faut critiquer le texte de cet article qui excepte de la solution la caution simple. Aucune raison ne peut justifier une différence de traitement entre la caution simple et la caution solidaire, sinon un désir injustifié de la favoriser (cf. supra n° 148).

(3) Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT : op. cit., n° 3225, pp. 801 et 802.

(4) Sur le recours de la caution partielle, cf. M. de JUGLART et B. IPPOLITO : *Traité de droit commercial*, Paris, Montchrestien, t. 3, 1973, n° 1217 et suiv.

Ainsi s'expliquent les règles posées par le législateur. Il est cependant un point que l'on peut critiquer, c'est la mise à l'écart de la caution qui n'a pas encore payé le créancier.

C — Aménagement proposé

158. — Iniquité des règles actuelles. Le principe lentement dégagé qui exclut la caution du bénéfice des mesures concordataires est opportun et justifié. Il accorde au créancier la pleine jouissance de sa sûreté personnelle et le libère des mécomptes du concordat. Il reste cependant à craindre qu'il ne sacrifie les intérêts de la caution en favorisant un concordat dont les promesses ne seraient pas sérieuses. Or celle-ci est, en l'état actuel du droit positif, particulièrement désarmée.

L'imbrication des textes actuels conduit les Tribunaux à rendre à l'encontre de la caution les solutions contradictoires et sévères. La caution bénéficie, aux termes de l'article 2032 - 2^o C. civ. d'un recours avant paiement au cas de « faillite du débiteur ». Ce recours ne peut se matérialiser que par une production mais cette production n'est actuellement ouverte que si le créancier ne produit pas lui-même, afin d'éviter un double décompte de la même dette (1). A cela s'ajoute la pratique des syndic qui sont très réticents à admettre la production d'une caution qui n'a pas encore payé (2).

(1) Cf. par exemple les observations de Mr. E. MASSIN, Note à la Rev. jurisp. com. (journ. agréés), 1968, pp. 192 à 194 qui observe que « le syndic ne devra pas admettre l'avaliste qui ne joindra pas à sa production la lettre de change originale ». Comment la caution peut-elle produire alors que souvent elle ne détient même pas son acte de cautionnement, ou qu'elle ignore le montant impayé de la dette ? L'absence de preuve justifiera le refus de sa production et son droit demeurera tout théorique.

(2) Cf. notamment : P. SIMLER . *J. Cl. civ.*, art. 2038-2032, n^o 173 et les réf. données. — Ajoute : un très intéressant jugement du Tribunal de Commerce de la Seine rendu le 8 janvier 1968, au rapport de Mr B. GEISENBERGER (Rev. jurisp. com. (Journ. agréés), 1968, p. 190, note E. MASSIN), sur l'appel en garantie d'un avaliste poursuivi en paiement, appel lancé contre le tiré et son syndic. Le jugement analyse cet appel en garantie en un recours de l'art. 2032-2^o, qui ne peut se traduire que par une production. Or le créancier avait déjà produit ce qui, poursuit le jugement, prive de fondement l'action du donneur d'aval : « il faut rappeler ici qu'une même créance, telle celle résultant d'une lettre de change, ne peut servir de fondement à la production de deux créanciers au même passif ». Cette affirmation reproduit le principal argument invoqué au soutien du refus de production systématique de la caution tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Lorsque le créancier a produit (1) l'on interdit à la caution de contester la validité ou le montant de la créance produite et admise (2) sauf à formuler la réclamation prévue par l'article 42 de la loi du 13 juillet 1967 (3).

Lorsque le créancier reste inactif par négligence (4) ou par économie d'effort (5), la situation de la caution est encore plus périlleuse. Si elle n'a pu produire elle-même (6), son recours en remboursement sera frappé de forclusion (loi du 13 juillet 1967 : art. 40 et 41), bien qu'elle ait dû régler au créancier l'intégralité de son droit (7). La caution ne peut en effet ni forcer le créancier

(1) Cette production ne modifie pas les droits du créancier à l'encontre de la caution, qui ne saurait donc soutenir que son exécution devait être retardée jusqu'à l'admission définitive : Paris 3 mars 1976, D. 1976, Som. p. 72, V^o Faillite.

(2) Civ. 6 janvier 1919, D.P. 1923, 1, 112. — Com. 16 mars 1970, Bull. Civ. 1970, IV, n^o 100, p. 94 ; Rev. Syndics, 1970, V, p. 398, n^o 32. — Orléans 16 décembre 1975, J.C.P. 1976, IV, p. 172, V^{is} Caution-Cautionnement ; Journ. spé. sociétés et quot. jur. 1976, n^o 64 (1er juin), pp. 10 et 11.

(3) Orléans 16 décembre 1975 : précité.

(4) Cf. la description de la pratique faite par Mr E. MASSIN (Note à la Revue de Jurisprudence commerciale précitée sous Trib. Com. Seine, 8 janvier 1968, spécialement, p. 193) : « dans les sociétés importantes le dossier est ignoré du contentieux tant que le service commercial ou le service de comptabilité ne le lui a pas transmis. Les publications légales échappent donc au contentieux, surtout celles de province. Si le tireur est ignoré du syndic, parce qu'il n'est pas porté sur l'état des créanciers établi par le failli, ou s'il s'agit d'un tiers porteur non encore révélé, le syndic ne lui adressera pas d'avis de production ».

(5) La Direction Générale des Impôts a ainsi décidé, « en vue de simplifier la tâche des comptables, de les dispenser de produire les créances dont il s'agit (*créances garanties par un cautionnement*), laissant ainsi aux cautions le soin d'assurer elles-mêmes la protection de leurs intérêts » : Instruction de la Direction Générale des Impôts, n^o 217 du 10 décembre 1973 (B.O.D.G.I., 12, A, 17, 73, n^o 96 in fine, p. 70). L'administration des Douanes semble décidée à adopter la même position. — Une telle disparité des attitudes observées par les créanciers ne peut que jeter la confusion sur leurs intentions et rendre bien précaire le sort de la caution.

(6) Pour un exemple de production par la caution admise avant même son exécution, V. Com. 16 novembre 1976, Bull. civ. 1976, IV, n^o 289, p. 243.

(7) Comparer la solution retenue par le droit suisse, dans lequel le créancier ne peut demander paiement à la caution qu'à condition de « produire sa créance », et de faire tout ce qui peut être exigé de lui pour sauvegarder les droits (Code des obligations, art. 505).

à produire (1), ni lui reprocher son incurie (2) (3).

Dans tous les cas la caution qui n'a pas pu produire elle-même ou qui n'a pas été subrogée dans la production du créancier pour l'avoir désintéressé est tenue à l'écart de toute la procédure et donc de l'assemblée concordataire.

De telles solutions par trop rigoureuses appellent un aménagement des règles de la procédure collective afin d'en amoindrir l'iniquité. Afin de respecter le principe logique qui interdit deux productions pour la même créance il faut ouvrir à la caution un droit à production qui ne gonfle pas artificiellement le passif du débiteur. La solution est offerte par la technique de la production permettant l'admission provisionnelle au passif.

(1) Amiens 31 octobre 1974, Gaz. Pal. 1975, 1, 321 (portant la date erronée du 17 octobre) ; D. 1975, som., p. 17, V^o Cautionnement.

(2) La jurisprudence est inflexible : Req. 29 avril 1891, D. 1892, 1, 220 ; S. 1894, 1, 443. — Civ. 2 décembre 1895, D.P. 1896, 1, 255. — Req. 6 février 1906, D. 1908, 1, 225, note J. VALERY ; S. 1906, 1, 481, note C. LYON-CAËN. — Req. 16 mars 1938, D.H. 1938, p. 292. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, p. 385. — Civ. 13 juin 1939, D.H. 1939, p. 417. — Com. 4 octobre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n^o 231, p. 222 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 143 (1ère espèce), note D. MARTIN ; Banque, 1973, p. 507, som. ; J.C.P., 1972, ed^o A, IV, 6249. — Paris 20 février 1963, Banque, 1964, p. 317 ; Rev. trim. dr. com., 1963, p. 908, obs. R. HOUIN.

Le nouveau droit de la faillite n'a pas amendé sa résolution (Amiens 31 octobre 1974, précité. — Aix 20 mars 1975, D. 1975, p. 693, note F.D. — Paris 3 mars 1976, D. 1976, som., p. 72, V^o Faillite) bien qu'il fournisse des arguments pour un revirement. — Le motif traditionnel de la solution réside dans la possibilité qu'a la caution de produire elle-même (art. 2032-2^o) et rien n'est changé sur ce point. Rien ne permet non plus d'admettre le jeu de l'art. 2037 C. civ. que les tribunaux repoussent systématiquement.

En revanche, la loi de 1967 ayant généralisé l'obligation de production, l'on peut voir dans la négligence du créancier une faute génératrice d'un préjudice pour la caution et donc d'une compensation (J. ARGENSON et G. TOUJAS : *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*), 4^e ed^o, 1973, t. 1, p. 700, note 11). A cela s'ajoute le fait que la solution actuelle crée une disparité choquante entre la caution démunie d'action contre le créancier et le codébiteur solidaire qui, ne bénéficiant pas de l'art. 2032, pourra opposer avec succès au créancier l'impossibilité dans laquelle il se trouve de recourir pour la part de la dette qu'il ne doit pas supporter définitivement, et se libérer ainsi de ce qui excède sa part personnelle (F.D. note sous Aix 20 mars 1975 précitée, spécialement p. 694, 2^e col.). L'art. 2032 C. civ. rédigé en faveur de la caution devient pour elle source de discrimination.

(3) Le Code civil éthiopien (1960) a renversé totalement ces principes : il impose au créancier de produire (art. 1947, al. 1) et d'informer la caution (art. 1947, al. 2) sous peine de perdre « ses droits contre la caution jusqu'à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette omission » (art. 1947, al. 3).

159. — Ouverture d'une production par provision. La production par provision (1) permettrait à la caution de préserver ses droits si le créancier ne produit pas et d'assister à l'assemblée concordataire à ses côtés s'il produit. Cette technique, de type purement conservatoire (2), est couramment utilisée en pratique lorsque le créancier qui produit n'a pas de titre suffisant ou voit sa créance contestée (3). Elle est même institutionnalisée pour les créances fiscales et douanières par la loi du 13 juillet 1967, art. 40 al. 2.

L'utilité d'une telle admission provisionnelle s'étend de la caution, qui en est la première bénéficiaire, à toutes les personnes intéressées par la procédure collective. Les autres créanciers notamment seront mieux éclairés sur l'attitude du créancier cautionné (4) ; l'état du passif reflètera mieux la réalité, sans que le débiteur subisse le moindre désavantage. Quant au créancier, cette ouverture d'un droit systématique de production à la caution le met à l'abri d'un reproche de négligence souvent invoqué par la caution (5), et évite qu'il ne perçoive des avantages indus (6).

L'équité que dégage cette admission provisionnelle est parfaitement compatible avec les principes des procédures de liquidation collective du passif. La caution est en effet un créancier potentiel du «failli» : sa créance de remboursement est affectée de la condition suspensive d'exécution, à la requête du créancier principal, de l'obligation cautionnée. Son droit personnel de créance existe donc et trouve son fondement dans le rapport juridique qui

(1) Cette formule de «production par provision», ou «production provisionnelle» est utilisée ici, brevitatibus causa, pour désigner en réalité une double opération. D'une part la production «pour mémoire» de la caution, qui sera faite pour le montant total de la créance potentielle. D'autre part l'admission de cette créance au passif par inscription sur l'état définitif des créances. Cette admission pourra prendre deux formes : soit elle sera pure et simple (quand la caution aura payé le créancier ; quand le créancier n'aura pas lui-même produit dans les délais de l'art. 47 du décret du 22 décembre 1967) ; soit elle sera provisionnelle (en cas de production par le créancier). Il appartiendra à la caution de préciser en quelle qualité elle produit et quelle sorte d'admission elle souhaite, et au juge commissaire d'apprécier ces prétentions.

(2) L'admission provisionnelle se fait souvent pour la somme symbolique de 1 franc.

(3) La Cour d'Aix a fort nettement décrit les avantages de l'admission provisionnelle en ce cas : «Les admissions provisionnelles..., sans préjuger du fond et sans attendre de longs délais, permettent d'associer les créanciers dont la créance est discutée et à propos de laquelle une réclamation a été formée à la procédure collective de telle sorte que, la masse étant ainsi vite et provisoirement formée, l'entreprise en difficulté et celui ou ceux qui la dirigent soient soumis dans les délais les plus rapides à l'épreuve concordataire» (28 novembre 1975, D. 1976, Som. p. 6, V^o Faillites). — Ajoutons en contrepoint que cette pratique permet au débiteur rusé de diminuer le poids du vote d'un créancier important qu'il sait être hostile aux propositions concordataires.

(4) Et l'on sait combien est importante la position prise par les principaux créanciers dans une assemblée concordataire.

(5) Il évite aussi de faire peser sur lui un devoir de sauvegarde des droits qu'il détient comme l'a imposé le droit suisse, ce qui nuit fortement à la fiabilité du cautionnement.

(6) L'espèce tranchée par Com. 28 octobre 1968 (Rev. Syndics. 1969, p. 194, n^o 17 et p. 263, n^o 27) n'aurait ainsi pas eu lieu : la caution, par défaut d'information, ne s'est aperçue que trop tard que le banquier créancier envers qui elle était condamnée à payer avait déjà reçu des dividendes concordataires.

l'unit au débiteur. Ce rapport, qui est par hypothèse antérieur à la cessation des paiements, lui donne vocation à être créancier dans la masse. Une telle vocation serait suffisante, avant la réalisation de la condition suspensive, pour justifier une production provisionnelle. Elle est en outre renforcée par l'article 2032 - 2^o C. civ. qui confère à la caution un droit techniquement parfait à figurer sur l'état des créances. Le montant de sa créance étant la plupart du temps inconnu de la caution, une admission provisionnelle s'impose (1).

Admettre la production provisionnelle de la caution dès l'ouverture de la procédure collective va dans le sens de l'évolution actuelle : évolution du droit du cautionnement qui tend à considérer que l'article 2032 - 2^o C. civ. ouvre un droit entier de percevoir le dividende concordataire si le créancier ne se manifeste pas (2), évolution du droit de la faillite qui généralise l'obligation de production (3) et favorise le recours à l'admission provisionnelle et à ses vertus conservatoires (4).

(1) Un auteur a déjà suggéré la possibilité d'une production «pour mémoire», l'avali-
liste ou la caution ne comptant «dans les répartitions qu'après justification du paiement
total du porteur ou du créancier (E. MASSIN : note précitée sous Trib. Com., Seine,
8 janvier 1968, op. cit., p. 194). Mais il écarte aussitôt cette solution au motif que «cette
production «pour mémoire» n'est pas prévue par la Loi» (ibidem). Comp. cependant
Colmar 30 octobre 1973, Rev. syndics et admin. judic., 1974, p. 215, statuant sur l'autorité
de la chose jugée d'une admission chirographaire *pour mémoire*. — Au moment où
la législation de la faillite est remise en chantier, [déclaration du Garde des Sceaux
(Le Monde 15 octobre 1975, p. 11) et projet de Loi sur le traitement des entreprises en
difficulté. (Conseil des Ministres du 21 mars 1978)], il apparaît opportun de suggérer au
législateur d'abattre les barrières et d'ôter les scrupules qui freinent l'admission provision-
nelle de la caution au passif du débiteur.

(2) Cf. Y.H. FRUGIER : *Le recours anticipé de la caution (art. 2032 C. civ.) lui
permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre
d'indemnité ?* Gaz. Pal., 1971, 2, Doctr. pp. 602 à 606, spécialement II, B, 1), p. 605.

(3) La Jurisprudence, appliquant l'une des idées-force du législateur de 1967, étend
à tous les créanciers, sans distinction, l'obligation de produire (art. 40, L. 1967, et art. 55,
Décr. 1967 ; adde, art. 13, al. 1, L. 1967). — Ceci vise non seulement les personnes
qui sont objectivement créancières (avec ou sans sûreté ou privilège) mais également celles
qui, n'ayant pas encore de titre, cherchent à faire reconnaître leur droit : Com. 5 mars
1974, 475, note A. HONORAT, obs. compl. F. DERRIDA ; Rec. gen. lois jurispr., 1974,
p. 480, n^o 811 et p. 608, n^o 821, obs. M. VASSEUR ; Rev. jurispr. com. (journ. agréés),
1974, p. 224, 1^{er} esp., note Y. CHARTIER ; Rev. trim. dr. com., 1975, p. 366, n^o 23,
obs. R. HOUIN et E. LE GALL ; Bull. civ., 1974, IV, n^o 80, p. 64 ; Gaz. Pal., 1974, 2,
775 ; Quot. jur. 16 novembre 1974, p. 4. (L'espèce concernait les créanciers d'une astreinte
en cours de liquidation lors du prononcé du règlement judiciaire du débiteur). — Soc.
13 mars 1975, D. 1975, 434, note A. H. (l'espèce concernait des salariés réclamant des
indemnités compensatrices de congés payés et de préavis).

(4) La Jurisprudence considère que le créancier doit au moins signaler sa présence en
demandant à être admis à titre provisionnel s'il ne peut produire que de façon incomplète.
Témoin l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 9 juillet 1973
(Bull. civ. 1973, IV, n^o 239, p. 217 ; Rev. Syndics et admin. judic., 1974, p. 123) qui
remarque que : «les juges du fond peuvent refuser le relevé de forclusion... en retenant
que si le créancier n'était pas en mesure, dans les délais de production, de déterminer le
montant exact de sa créance, il pouvait demander à être admis à titre provisionnel».

160. — Conclusion sur la remise insérée dans une procédure collective.

En conclusion relevons qu'une certitude est acquise concernant la remise concordataire : ce n'est pas un événement extinctif du cautionnement, pas plus à titre principal qu'à titre accessoire. Incapable de fournir la moindre satisfaction, cette remise ne saurait emporter extinction du rapport de droit.

Lorsque la cessation des paiements concerne la caution elle-même, le créancier pourra produire pour le montant de la dette principale quand bien même elle ne serait pas encore exigible. Si le cautionnement est simple, le syndic pourra invoquer le bénéfice de discussion ; s'il est solidaire, il ne lui restera que la possibilité du recours en remboursement contre le débiteur principal. Quant à la remise concordataire, en faveur de la caution, elle aura l'effet général de reporter dans le temps l'exigibilité d'une fraction de la dette soumise à la condition suspensive née de la clause de retour à meilleure fortune. Il y a fort à penser cependant que le créancier ne produira pas, soit par ignorance de la cessation des paiements de la caution, soit par désintérêt envers une sûreté sans grande valeur.

Lorsque la remise concerne le débiteur principal, elle n'a aucun effet sur le cautionnement. La règle imposée par le législateur découle en fait du mécanisme des procédures collectives : la prétendue remise n'est que la constatation de l'impossibilité technique de payer une certaine fraction de la dette ; elle est la constatation d'une insolvabilité partielle appréciée globalement. Loin d'éteindre le cautionnement, elle incite à le faire jouer.

Il faut alors préserver les recours de la caution, et pour cela lui permettre de s'insérer dans la procédure afin de faire entendre sa voix. La technique de la production provisionnelle ménage les intérêts en présence tout en respectant les contingences des procédures collectives. Alors que l'on déplore la désaffection des assemblées concordataires par les créanciers (1) nous pensons que les cautions désireuses d'éviter le pire y apporteraient le regain de leur présence. Quant aux cautions qui sont également les dirigeants de la société faillie, la double casaque de débiteur et de créancier leur ferait mieux ressentir les nécessités d'un concordat mesuré et sérieux. Le cautionnement déploierait ainsi son plein effet de technique de pression (morale ou économique) dont on peut s'étonner qu'il n'ait pas encore été provoqué par le droit commercial, «orienté principalement vers les perspectives de la mise en œuvre d'une procédure collective de liquidation» (2).

(1) Ce qui justifie l'amenuisement de leur rôle : Y. GUYON : *Une faillite au début du XIXe siècle selon le roman de BALZAC «César Birotteau»*, Mélanges A. JAUFFRET, Aix, 1974, pp. 377 à 391, spécialement n° 12 in fine, p. 388.

(2) M. DAGOT : *Un colosse aux pieds d'argile : La législation sur les procédures collectives de liquidation*, J.C.P., 1973, I, 2358, n° 2.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

LA SATISFACTION DU CREANCIER

161. — **Récapitulation des sources de la satisfaction.** Une conclusion récapitulative des différentes sources de satisfaction du créancier met en valeur la parfaite équité que dégage cette cause d'extinction. Elle offre au créancier une protection maximale sans négliger les droits de la caution.

La satisfaction du créancier peut tout d'abord, et fort logiquement, provenir de l'exécution de l'engagement.

Si l'exécution par un tiers n'est pratiquement jamais une cause d'extinction car un paiement subrogatoire est translatif des droits et non extinctif, l'exécution par la caution ou par le principal obligé puisent dans la satisfaction du créancier leur force extinctive.

L'exécution par la caution est entourée de garanties efficaces pour les deux parties : la caution doit seulement l'équivalent et sa dette bénéficie par le jeu de l'accessoire des modalités et conditions d'exigibilité dont bénéficie celle du débiteur principal. Les cautionnements de dettes futures présentent en outre la particularité d'engendrer une exécution successive de l'obligation de couverture qui consiste pour la caution à entretenir la confiance du créancier.

L'exécution par le principal obligé soulève deux problèmes, l'un d'imputation, l'autre d'inefficacité. Les règles d'imputation des paiements, si curieusement divergentes au premier abord, trouvent dans la satisfaction du créancier l'explication de leur régime. Le paiement suffisant pour éteindre en totalité une dette parmi d'autres prouve une satisfaction totale du créancier ; cette satisfaction s'appréciant dans le cadre du contrat et non dans celui de l'ensemble des contrats, le créancier rempli de ses droits ne mérite aucune considération spéciale : le législateur a pour cela décidé d'éteindre en premier la dette cautionnée. Au contraire lorsqu'il s'agit d'une seule dette partiellement cautionnée, la recherche de la satisfaction du créancier conduit à imputer le

paiement partiel sur la fraction non cautionnée de la dette. La seconde difficulté, résultant de l'inefficacité de l'exécution, trouve également dans la satisfaction du créancier l'explication de son régime : le paiement inopposable mais non restitué laisse au créancier toute satisfaction et éteint le cautionnement ; au contraire la restitution impliquée par la nullité et certaines inopposabilités entraîne la renaissance du cautionnement.

Les régimes particuliers d'exécution s'amalgament à ce bloc de règles.

Le compte courant a sur l'extinction du cautionnement l'effet paradoxal de la freiner dans un cas et de la faciliter dans l'autre. Lorsque le cautionnement entre en compte avec la créance garantie, son extinction est freinée par la règle de son report sur le solde. Ce report doit être, en droit commun, accepté par la caution ; il est cependant automatique en matière cambiaire et en toutes matières lorsque l'entrée en compte a lieu après clôture. L'influence du compte est au contraire bénéfique lorsqu'il s'agit de l'extinction du cautionnement garantissant le solde ; cristallisé à sa date d'expiration, ce cautionnement (inexigible avant la clôture) s'amenuise à chaque remise effectuée par le débiteur.

Les dernières formes d'exécution, la dation en paiement et la compensation, offrent à la caution toutes garanties de libération sans pour autant léser les intérêts du créancier.

La dation en paiement introduit une règle que nous retrouverons, selon laquelle toute insatisfaction du créancier qui lui est imputable ne peut altérer l'extinction du cautionnement. Le créancier qui a pris le risque d'une satisfaction imparfaite résultant de la dation d'un bien quelconque ne recouvre aucun droit contre la caution s'il est évincé de ce bien (art. 2038 C. civ.).

La compensation offre à la caution le moyen d'imposer au créancier les conséquences de sa satisfaction, même contre sa volonté. La satisfaction apparaît ainsi dans la plénitude de son effet extinctif, indépendante de la volonté des parties.

Les modifications de l'engagement qui écartent l'exécution tout en procurant une satisfaction au créancier entraînent de ce fait l'extinction de l'engagement.

La novation (dont l'utilité apparaît surtout dans la protection des tiers intéressés, comme la caution) et la transaction intègrent la satisfaction au processus de leur réalisation.

En revanche la remise de dette tire de son caractère abstrait une particularité certaine ; elle entraîne extinction soit en raison de l'*animus donandi* (donc de la volonté extinctrice) qui la motive, soit plus fréquemment par une satisfaction dissociée et extérieure. Lorsque ni l'un ni l'autre de ces mécanismes n'est présent il n'y a point réellement remise, ni extinction : ainsi les sacrifices consentis par les créanciers dans une procédure collective de liquidation du passif (et qui découlent de l'application procédurale de règles mathématiques) ne peuvent-ils profiter à la caution.

162. — Caractéristique de la satisfaction ; équilibre des intérêts. Au solde, l'équilibre des intérêts apparaît donc bien comme la caractéristique majeure de l'extinction causée par la satisfaction. Le créancier ne peut jamais réserver unilatéralement ses droits contre la caution, ni dans le cadre de la dation en paiement, ni dans ceux de la transaction ou de la remise de dette. De même les renonciations du débiteur ne peuvent amoindrir les droits de la caution car la cause d'extinction peut toujours jouer à son profit.

L'engagement qui atteint son but dégage des effets bénéfiques pour toutes les parties au contrat. En assurant le désintéressement du créancier, il justifie sa propre disparition. La situation radicalement inverse d'insatisfaction du créancier peut également, mais par des voies différentes, déboucher sur l'extinction du cautionnement (1).

(1) Comp. la distinction allemande entre la disparition de l'intérêt du créancier par l'effet de sa satisfaction (Fortfall des Interesses) et la même disparition en l'absence de satisfaction (Wegfall des subjektiven Gläubigerinteresses).

TITRE DEUXIEME

LA STERILITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

163. — Causes. L'engagement qui n'aboutira jamais au résultat escompté est comme un rameau mort de l'arbre du droit : son inutilité justifie sa disparition.

Cette stérilité peut être constatée par les parties elles-mêmes qui décideront ensemble d'éteindre leur engagement. Aucune contrainte ne les bride, la procédure de l'acte contraire, usitée en droit romain, ne trouvant en notre matière aucune justification, ni en la forme, ni au fond. Ni le parallélisme des formes (inapplicable au cautionnement, contrat consensuel) ni le parallélisme des motivations n'ont lieu d'être. Les riches études menées sur la négociation contractuelle dans ses aspects économiques (1), sociologiques (2), psychologiques (3) ou techniques (4) tout autant que juridiques ne sont donc d'aucune aide. Le consentement destructeur, que par symétrie des termes l'on nomme *mutuus dissensus*, dissout l'acte créateur de l'engagement (5) ; il est pour cette raison une cause d'extinction extérieure à la satisfaction du créancier (6).

(1) La science économique dans son ensemble, et la théorie du marketing plus spécialement, ont largement approfondi ce secteur.

(2) Parmi une bibliographie en développement sur la négociation du contrat, cf. : F. TERRE : *Sur la sociologie juridique du contrat*, Archives de philosophie du droit, t. 13 (sur les notions du contrat), Paris, Sirey, 1968, pp. 71 à 88 ; spécialement p. 82 in fine à p. 86 in principio.

(3) Cf. ANZIEU : *La négociation*, Rev. Acheteurs, Nov. 1963, pp. 15 et suiv. ; cité par F. TERRE, art. précité.

(4) Cf. A. LAPEYRE : *L'ordre contractuel et les techniques des contrats* (J.C.P. 1967, I, 2107) qui analyse « les itinéraires juridiques » proposés aux partenaires en désir de contrat ; il s'agit du « processus des gestes nécessaires », qui s'allie aux « éléments primaires des contrats » et à leur rédaction proprement dite.

(5) Ce procédé agit en effet plus sur l'acte juridique générateur de l'obligation que sur l'obligation elle-même. Cf. G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2 : Théorie des obligations, P.U.F., Thémis, 1975, pp. 512 et 513.

(6) Cf. G. HOLLEAUX : Note au Dalloz 1961, pp. 89 et 90, sous Civ. 22 novembre 1960.

Qu'il concerne directement le cautionnement ou qu'il frappe l'obligation principale et rende caduque sa garantie (1), il ne présente pas de particularité justifiant une étude spéciale (2).

L'extinction du cautionnement pour cause de stérilité résulte bien plus souvent de données objectives que leurs conséquences transforment en fait juridique.

L'engagement valable qui n'a pas fait l'objet d'un acte d'exécution ou de sauvegarde durant un certain temps démontre son impuissance à procurer une satisfaction au créancier. Que cette situation soit la conséquence d'un oubli ou le fruit d'une attitude volontairement dissimulée sous le masque de l'inertie, le droit se doit d'en sanctionner la stérilité. *La prescription extinctive* est donc la *sanction d'une stérilité passée*.

L'engagement valable que son contexte rend impropre à fournir la satisfaction qui est son but se trouve pour l'avenir démunie de finalité. Tout comme l'accomplissement du but justifie la disparition du cautionnement, l'impossibilité certaine d'y parvenir entraîne son extinction. Que cette impossibilité soit propre au cautionnement ou qu'elle découle d'une disparition du support que constitue l'obligation garantie, la *caducité* qui en résulte éteint l'engagement à compter de sa survenance.

Chapitre 1 : La prescription, sanction d'une stérilité passée.

Chapitre 2 : La caducité, condamnation d'une stérilité future.

(1) Par le mécanisme de la règle de l'accessoire ; G. GOUBEAUX : *La règle de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Nancy, L.G.D.J., 1969 (Bibl. dr. privé, t. 93. Préf. D. Tallon) n° 41 et 42, pp. 73 à 75.

(2) Tout au plus devra-t-on le distinguer de la résiliation unilatérale en raison de la confusion qu'entretient la pratique entre ces deux notions qu'elle recouvre souvent du terme générique de révocation (cf. infra n° 281).

CHAPITRE I

LA PRESCRIPTION, SANCTION D'UNE STERILITE PASSEE

164. — **Plan.** «Le Temps est un grand maître, a dit CORNEILLE, il règle bien des choses». Les juristes ont pris acte de cette réalité et lui ont conféré le pouvoir d'attenter à l'efficacité des engagements juridiques. En disposant que «la prescription est un moyen... de se libérer par un certain laps de temps...» l'article 2219 C. civ. insiste sur l'importance que revêt le temps dans cette notion. A priori son efficacité n'est pas douteuse, sa technique est simple, son fonctionnement est égalitaire. En réalité la notion doit être analysée. Son étude révèle alors les difficultés qu'il y a à dégager et à appliquer son processus (Section 1), et les inégalités qui résultent de ses diverses physiologies (Section 2).

SECTION I

LE PROCESSUS DE LA PRESCRIPTION

Analyser le processus d'une institution, c'est en mettre le mécanisme à nu, démonter les engrenages, afin de mieux le comprendre une fois remonté. La prescription réalise une intégration du temps par le droit. Le temps est le ressort qui meut le mécanisme et lui confère sa force. Au résultat donc, la prescription repose sur un écoulement du temps (§ 1). Encore faut-il savoir en quelle mesure les deux notions sont liées et de quelle finalité se pare la prescription.

Démonter le mécanisme implique aussi, après avoir découvert le ressort, d'isoler les rouages qui transmettent la puissance d'extinction. La prescription engendre une mesure du temps (§ 2) qu'il sied de déterminer pour la rendre utile.

Paragraphe 1

LA PRESCRIPTION REPOSE SUR UN ECOULEMENT DU TEMPS

165. — La prescription s'imprègne des effets du temps. La notion de temps est fonction de son contenu. Il n'appartient pas aux seuls anglo-saxons de considérer que le temps vaut de l'argent ; dire que le temps est un bien de plus en plus précieux est devenue banal (1) ! Puisque «le temps prend sa valeur dans la personnalité du contenu» (2), il faut en déterminer la matière,

(1) L'accélération de l'histoire, mise en règle par D. HALEVY (Essai sur l'accélération de l'histoire, Paris, 1948) participe à ce phénomène tout autant que la parcellisation du temps en unités infinitésimales. Le temps des hommes se règle sur celui des machines qui s'accélère sans cesse (comp. W. GROSSIN : *Le travail et le temps*, Paris, Anthropos, 1969, pp. 185 et 186) — Adde : R. SAVATIER : *Les métamorphoses...* 1^e série, 3^e edo, Dalloz, 1964, pp. 1 à 20 : Le droit et l'accélération de l'histoire.

(2) Abel JEANNIERE : *Horloges et temps gaspillé, Temps et culture*, in Revue Projet, n° 97, juillet-août 1975, La Société chronographe, pp. 751 à 761, spécialement p. 761.

les effets (1). Or, au premier abord, le temps de la prescription apparaît comme un temps creux, un temps vide de tout contenu. Ce n'est cependant là qu'une impression, rapidement effacée par une analyse plus approfondie de la notion.

« Tout acte juridique est tributaire du temps » (2) car c'est à travers ses effets que le temps révèle son existence, sa valeur. Bien qu'il repose sur le temps physique et donc s'écoule de façon régulière, le temps juridique acquiert une valeur qui est fonction des significations dont on le charge. Cette valeur relative rend le temps juridique très malléable ; ses effets sont mouvants et il convient de les canaliser. La prescription est une des techniques qui y pourvoit, en réalisant l'intégration du temps dans le droit. La finalité de la prescription (B) découle donc de l'étendue reconnue aux effets du temps (A).

A — Les effets du temps

Les effets du temps que la prescription vise à intégrer dans le droit sont séparés en deux catégories, a priori antagoniques, d'usure et de consolidation.

Le premier effet du temps est assurément l'usure qu'il provoque, tant des choses que des droits. Cet effet se retrouve dans la prescription et a souvent été considéré comme la seule raison d'être de cette institution. JOSSERAND a fort bien résumé la pensée générale en écrivant : « le temps, qui a raison de tout, qui use les institutions, les lois et les mots, jette l'oubli sur les droits qui tombent eux-mêmes en désuétude lorsqu'ils n'ont pas été exercés pendant un certain temps fixé par la loi ; leur inutilisation aboutit à leur abolition » (3).

Le temps est un élément que l'homme assimile et intègre plus ou moins bien à son œuvre en général et à ses actes juridiques en particulier. Pièce maîtresse de la conclusion et de l'exécution des contrats (4), le temps

(1) Le temps n'est pas pour le juriste, comme il l'est pour le philosophe, une notion autonome, objet de réflexion à elle seule (P. LEVEL : *Essai de systématisation des conflits de lois dans le temps*, Thèse, Paris, 1957, L.G.D.J. (1959) (Essai sur les conflits de lois dans le temps ; Bibl. dr. privé, t. 14, préf. H. Batiffol), n° 2, p. 2. — Il lui faut, pour l'étudier, l'apprécier à travers la concrétisation que lui procurent ses effets.

(2) P. VOIRIN : Note au Dalloz Périodique, 1930, 1, 13, (1^o col.) sous Civ. 20 mars 1929, (Le temps envisagé comme élément du contrat de bail).

(3) L. JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, Sirey, 3^e ed°, n° 967. Cette phrase est extraite de la description des fondements de la prescription extinctive.

(4) Pour une étude des impacts du temps sur ces étapes de la vie d'un contrat, cf. l'analyse originale de Mr A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse, Montpellier, 1970, dactyl., n° 343 à 381, pp. 297 à 329, et plus spécialement sur le rôle du temps dans l'exécution du contrat, n° 350 à 356, pp. 303 à 308).

en est aussi un facteur d'érosion (1). Erosion économique tout d'abord, car il favorise l'influence de la dépréciation monétaire (2). Il fait ainsi passer au second plan le risque d'insolvabilité du débiteur, en enlevant quotidiennement à la créance une partie de sa valeur (3). Erosion psychologique ensuite, qui entraîne la lassitude, le désintérêt et même l'effacement «de la conscience de la dette» (4).

L'effet d'usure est ainsi le premier effet du temps qu'entérine et canalise la prescription. C'est aussi son effet le plus général (5). Ce n'est cependant pas le seul. En réalité, les effets du temps sont plus denses, plus complets qu'une simple érosion. L'effet d'usure se double au moins d'un effet complémentaire, l'effet de consolidation. «Le temps qui passe, parce qu'il passe, ajoute quelque chose de nouveau à la réalité antérieure» (6).

L'image du sablier traduit cette dualité des effets du temps. Ustensile par excellence de mesure du temps (l'horloge ne date que du dixième siècle), il en est aussi la représentation topique. Chaque grain de sable qui vide la partie supérieure accroît le tas de la partie inférieure. De même chaque jour qui ronge le droit du créancier accroît le droit du débiteur. C'est pourquoi «le temps opère à la fois consolidation et usure des institutions ; il en affermit les bases et en cristallise les contours, il en régularise le fonctionnement tout en émoussant la confiance ou les illusions qui avaient présidé à leur naissance» (7). Le temps devient ainsi une dimension du droit.

(1) En ce sens : D. LANDRAUD : «L'influence du temps peut donc se manifester comme un élément intrinsèque du lien contractuel dont il détermine la portée, mais il peut aussi apparaître comme un élément extrinsèque du contrat qui risque de venir perturber ce que les parties avaient prévu» in : *La prescription extinctive de l'ordre public*, Thèse, Lyon, 1971, dactyl., n° 2, p. 2.

(2) Sur la libération graduelle qui en résulte pour le débiteur, cf. J. CARBONNIER : t. 4, 7^e ed°, 1972, n° 140, Politique législative, p. 523 ; et plus en détails : Notes sur la prescription extinctive : Rev. trim. dr. civ. 1952, pp. 171 à 181, spécialement p. 179. — Adde : pour les effets du temps sur la valeur comptable des biens et des droits : R. SAVATIER : *Le droit comptable au service de l'homme*, n° 128 et suiv. pp. 207 et suiv.

(3) En ce sens : J. CARBONNIER : Préface à l'ouvrage collectif : *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, sous la direction de Paul DURAND, Paris, L.G.D.J., 1961, (Bibl. dr. pr., t. 26) pp. I à V, spécialement p. III. — P. MALAURIE : *Cours de droit civil*, Doctorat, 1973-1974, Problèmes actuels du droit des obligations, La dépréciation monétaire, Les cours de droit, Paris, 1974, p. 24.

(4) J. CARBONNIER : t. 4, 7^e ed°, 1972, n° 140, p. 524, Théorie juridique, Fondement de la prescription libératoire.

(5) Cf. R. Von JHERING (*Zweck im Recht*, trad. O. de MEULENARERE, 1901, n° 36, p. 49) qui analyse la puissance de destruction du temps sur l'acte juridique.

(6) M. NORRO : *Le rôle du temps dans l'intégration économique*, Paris, Nauwelaerts, 1962, p. 237.

(7) P. HEBRAUD : Rev. trim. dr. civ., 1958, chron. de jurisp., p. 293. — Adde : R. NERSON : «L'activité de l'homme s'insère dans la durée : il est donc inévitable que le juriste se préoccupe de l'influence de l'écoulement du temps sur le droit. Le temps opère à la fois consolidation et usure des institutions». Présentation et compte-rendu de la thèse de D. LANDRAUD (précitée), in Annales Fac. Droit, Université de Lyon III, 1972-1, L.G.D.J., 1972, pp. 265 et 266, spécialement p. 265.

B — La finalité de la prescription

166. — **La prescription intègre les effets du temps dans le droit.** La finalité de la prescription consiste à intégrer dans le droit la dimension supplémentaire qu'engendrent les effets du temps. La prise en considération du temps par le droit est le fait seulement d'une science évoluée. Un droit, une civilisation primitive exigent que tout ne prenne réalité, effet ou fin qu'en un trait de temps. Cette absence d'emprise sur l'avenir s'explique notamment par le désir de contrôler facilement les conditions de réalisation de l'évènement créateur ou extinctif (1). Inclure la durée dans les processus de formation ou d'extinction des actes juridiques revient à se libérer de ce carcan à fin protectionniste qu'est l'obligation d'instantanéité.

L'écoulement du temps étant un phénomène qui transcende l'homme, il en résulte une impossibilité de le maîtriser. L'évolution des techniques juridiques dégage cependant des virtualités d'aménagement du temps (2).

L'aménagement peut être le fait du sujet de droit lui-même qui usera du contrat à cette fin (3). Le contrat devient ainsi une assurance contre un changement éventuel des circonstances ; en limitant le jeu des incertitudes et des probabilités, il est un facteur de stabilité et de sécurité.

L'aménagement du temps peut être aussi le fait de la règle de droit objective. L'élément temporel confinant aux principes de base d'une organisation sociale, il faut décider que certains aspects du temps n'appartiennent pas aux individus (4). Le droit s'appuie sur le temps dont il fait un élément de sa construction ; ainsi il intègre le temps dans ses données. La prescription constitue l'une des techniques de cette intégration.

(1) Le refus d'intégration de l'avenir par le droit primitif, puis l'évolution des rapports du temps et du droit ont été excellemment décrits par Mr le Doyen J. CARBONNIER dans son cours de Sociologie Juridique, D.E.S., 1972-1973, Polycopié, pp. 115 in fine à 117. Pour cet auteur, en trois paliers successifs, l'on passe du droit archaïque qui refuse catégoriquement le temps, au droit intermédiaire qui prend possession de l'avenir de façon limitée (cf. les limites de l'année sabbatique et de l'année jubilaire) pour aboutir au droit capitaliste dans lequel « la prise du droit sur l'avenir devient totale » (p. 117 in principio).

(2) L'aménagement du temps de vie devient une question préoccupante de notre civilisation (cf. V. GISCARD d'ESTAING : *Démocratie française*, p. 65 ; *Programme commun de gouvernement*, 1ère partie, chapitre 7, (E.S. pp. 90 et suiv.) ; la création de « comités locaux d'aménagement du temps » à l'instigation du Ministre de la qualité de la vie, qui ont pour but de favoriser l'étalement des vacances ressortit à cette préoccupation (Le Monde, 3 avril 1976, p. 13) ; cf. sur l'aménagement du temps de préparation à la retraite le colloque d'Aix-en-Provence (Le Monde, 4 juin 1976, p. 36).

(3) Cf. sur cette utilisation du contrat « tête de pont jetée dans le futur » (J. CARBONNIER), les développements de Mr G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, Théorie des obligations, Paris, P.U.F., Thémis, 1975, pp. 203 et suiv. — Adde : la remarque de Mr J. FLOUR : « On ne conclut pas « les choses restant en l'état », mais bien « les choses devant varier » (*Cours de droit civil*, 2e année de licence, 1964-1965, Paris, Les cours de droit, p. 401).

(4) Cf. G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, précité, p. 203, qui cite J. CARBONNIER.

Partant du fait qu'il y a «présomption de l'extinction d'un droit lorsqu'il n'a pas été réclamé... depuis longtemps» (1), le législateur a dès le bas Empire romain (2) institué une prescription extinctive. Son fondement réside dans «la nécessité de ne pas laisser porter atteinte après un long espace de temps à des situations établies» (3). Par la technique de la prescription la loi vient résorber une situation de fait que sa durée a rendu suffisamment tangible (4). La prescription réalise le passage du fait au droit ; elle absorbe une part de cette «frange énorme de droit vulgaire *qui* court... le long du système juridique positif» (5).

La finalité de la prescription est donc de consolider les situations de fait nées de l'absence d'initiative du créancier. La prescription, en institutionnalisant la perte du droit du créancier, intègre totalement l'effet du temps au corps du droit positif (6). Elle a été présentée comme une institution nécessaire (7), mais aussi injuste (8). Elle reste néanmoins toujours la conséquence de l'inaction du créancier (9). «L'apparence du créancier impayé... va se consolider pour devenir réalité» (10). La prescription a donc pour but de concrétiser l'usure du lien juridique, sa rupture et son remplacement par la situation de fait parvenue au rang de situation juridique.

De cette finalité, la prescription tire plusieurs caractéristiques. En premier lieu elle est la concrétisation de l'apport du droit au phénomène des rythmes et de l'alternance (11). Elle conduit ainsi à compartimenter le temps, à l'utiliser :

(1) C. BUFNOIR : *Propriété et contrat...* Leçons recueillies et publiées par MMrs BARTIN, DESCHAMPS, DESLANDRES, PILLET, SALEILLES, TIMBAL ; Introduction L. GUILLOUARD, Paris, Rousseau, 1900 (Cours professé en 1883-1884), spécialement p. 162.

(2) La constitution «*Prescriptio longissimi temporis*» de Théodose le Jeune, en 524, pose le principe d'une limitation générale de toutes les actions à 30 ans.

(3) C. BUFNOIR : *ibidem*.

(4) Sur la nécessité de la durée, «leitmotiv de toutes les situations de fait», et indice de l'existence et de l'importance du fait matériel, cf. H. TEMPLE : *Les sociétés de fait*, Thèse, Montpellier, 1975, Paris, L.G.D.J. (1975), Bibl. dr. pr., t. 141, Préf. J. CALAIS-AULOY, n° 127, p. 59. — Adde : J. CARBONNIER : La prescription «doit convertir en situation juridique une attitude de fait qui ait persisté assez longtemps pour être symptomatique» : *Notes sur la prescription extinctive* : Rev. trim. dr. civ., 1952, pp. 171 à 181, spécialement p. 172.

(5) J. CARBONNIER : *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, p. 159.

(6) En ce sens : H. TEMPLE : Thèse précitée, n° 131, pp. 60 et 61.

(7) BIGOT de PREAMENEU : Séance du corps législatif du 8 mars 1804, in LOCRE : *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, t. 16, p. 557.

(8) Ainsi le droit canon écartait la prescription en cas de mauvaise foi du débiteur et instaura divers remparts l'empêchant de jouer, comme la règle «*contra non valentem agere...*» qui est passée dans notre droit.

(9) En ce sens, mais avec des réserves tenant à d'autres fondements : D. LANDRAUD : *La prescription extinctive et l'ordre public*, Thèse, Lyon, 1971, précitée, n° 8, p. 7.

(10) D. LANDRAUD : Thèse précitée, n° 11, p. 9.

(11) Rapprocher de ce caractère l'analyse des rythmes due à Gaston BACHELARD : *Dialectique de la durée*, Paris, 1933.

par contrepoint, la suspension de la prescription apparaît comme du temps mort, inutile. En second lieu la prescription remplit une mission de sécurité. Elle tranquillise le débiteur (1) et participe en cela à l'action générale de sécurité du droit (2). En troisième lieu, la prescription apparaît parfois comme une sanction ; elle serait la sanction, la punition stigmatisant la négligence du créancier. En lui faisant perdre son droit, non seulement elle viendrait au secours du débiteur, mais encore elle frapperait le créancier à l'instar d'une déchéance. En réalité, ce rôle sanctionnateur est plus faible qu'il n'y paraît. Trois phénomènes concourent à cela, qui sont la longueur de ces délais, les larges possibilités de suspension et d'interruption de ces délais, enfin le déplacement de leur point de départ. Il est classique de relever l'hostilité de la jurisprudence à l'égard de toutes formes de prescriptions (3), pour en chercher la justification dans l'injustice qu'elle créerait. Aussi bien, c'est oublier la finalité première de la prescription, qui n'est pas de libérer le débiteur mais de stabiliser en droit une situation acquise en fait. La prescription ne crée pas, elle consacre. En dernier lieu la conséquence finale de la prescription est de rendre le temps quantifiable, évaluable. La prescription fait du temps un bien juridique (et peut-être même un bien économique) (4), en donnant au sujet de droit les éléments de mesure lui permettant d'apprécier la relativité du droit. Parce qu'elle engendre une mesure du temps, la prescription permet au droit de s'appuyer sur le temps, d'en faire un élément intégré à sa construction.

Paragraphe 2

LA PRESCRIPTION ENGENDRE UNE MESURE DU TEMPS

167. — **Mesure du temps et différentes sortes de délais.** En matière de prescription, l'écoulement du temps vient conforter, confirmer aux yeux de

(1) G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, 1975, précité, p. 520.

(2) Sur la sécurité juridique comme valeur fondamentale de notre société, cf. : R. DEMOGUE : *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 63 et suiv., 88 et suiv. — J. CARBONNIER : *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, in *Flexible droit*, 2^e ed°, Paris, L.G.D.J., 1971, pp. 112 à 122.

(3) Cf. notamment les observations de Mr E. du PONTAVICE, *Rev. trim. dr. com.*, 1972, pp. 724 et 725. — Ceci est très sensible et transforme la prescription en une insitution judiciaire (J. CARBONNIER : *Notes sur la prescription extinctive*, art. précité, pp. 180 et 181).

(4) La question est délicate (cf. Henri GUITTON : *A la recherche du temps économique*, précité, p. 107, qui interroge : «le temps ne serait-il pas lui-même un bien économique ?») car la science économique manque de techniques permettant d'apprécier de façon objective l'influence du temps qui change le neuf en vieux, qui rend obsolètes les biens de production, qui régit le rythme de la vie économique.

tous les effets positifs qui s'accumulent à chaque instant d'une attitude négative. Il engendre l'application d'un procédé technique susceptible d'avoir des effets notables dans le monde juridique. Ces effets ne sont susceptibles d'apparaître qu'au terme d'un certain laps de temps ; ils sont différés. La notion de délai apparaît alors nécessairement (1), accompagnée de la mesure du temps qu'elle engendre. Cependant la notion de délai, c'est-à-dire de période de temps accordée pour accomplir un acte, ou pendant lequel cet acte est interdit, déborde largement la notion de prescription. Aux délais de prescription s'ajoutent en effet les délais prefix (2).

La notion même de délai-prefix se caractérisant par «les divergences et les flottements de la doctrine (3)», sa dénomination s'accommodant des qualifications de délai de forclusion ou encore de déchéance, son origine à la fois légale, jurisprudentielle ou contractuelle (4), tout concourt à anéantir les efforts de clarification (5). Les controverses doctrinales vont bon train et les critères de distinction se multiplient (6). Certains proposent de voir dans la longueur du délai, dans son régime ou dans la possibilité d'y renoncer un criterium distinguant le délai prefix du délai de prescription. Les insuffisances de ces critères, jointes à la difficulté de les appliquer conduisent à les écarter. Plus séduisant, mais non moins délicat à mettre en œuvre, apparaît le critère présenté par M. le Doyen CARBONNIER (7) : en proposant de sanctionner par un délai prefix les actions que le législateur n'a admises qu'à titre exceptionnel, pour réserver à la prescription les droits «bien venus et pleinement

(1) Délai vient de l'ancien français «deslaier» qui signifiait : différer : P. ROBERT : *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, V^o Délai.

(2) Encore faudrait-il ajouter les délais de forclusion et de déchéance, mais leur signification recoupe parfois partiellement celle des délais prefix. Sur l'extrême richesse des sortes de délais, cf. : D. LANDRAUD : *La prescription extinctive et l'ordre public*, Thèse, Lyon, 1971, précitée, dactyl., n^o 15, p. 21.

(3) P. VOIRIN : Note au Dalloz 1934. 2, 33 (sous Nancy 17 février 1934), pp. 33 à 36, spécialement I, B, p. 33, 2^e col.

(4) M. VASSEUR : *Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure*, Rev. trim. dr. civ., 1950, pp. 439 à 472, spécialement n^o 1, p. 440.

(5) Cf. les fort nombreuses références compilées par D. LANDRAUD : Thèse précitée, n^o 15, p. 21.

(6) Sur ces controverses et ces multiples critères, cf. l'étude exhaustive de Mr D. LANDRAUD : Thèse précitée, n^o 19 à 49, pp. 27 à 64.

(7) Observations à la Rev. trim. dr. civ., 1950, p. 514, sous Civ. 29 mars 1950. — *Notes sur la prescription extinctive* : Article publié par la Rev. trim. dr. civ., 1952, pp. 171 à 181, spécialement p. 178. — *Droit civil*, t. 4, 7^e ed^o, 1972, n^o 140. Théorie juridique, b. Distinction des prescriptions extinctives et des délais prefix ou déchéances, pp. 524 et surtout 525 in principio.

L'amorce de ce critère a été proposée par le Doyen VOIRIN, en conclusion de sa brillante note, (précitée, D. 1934, 2, p. 36 in fine) qui distingue les délais de rigueur établis «en haine» du droit qu'ils concernent, et appelés délais-prefix, des délais de prescription qui tendent à mitiger l'automatisme du mode d'extinction dans l'intérêt des droits qui y sont soumis (op. et loc. cit.).

épanouis» (1), cet auteur fait reposer la distinction sur la finalité de l'extinction. Cette proposition peut se vérifier sur des délais existants, mais elle n'apporte pas la netteté et la précision nécessaires à son application aux cas litigieux. Nombre d'auteurs continuent d'ailleurs de considérer que ce «souci d'étiquetage est généralement déplacé» (2). Il est vrai que l'on a pu dire que «les auteurs qui pensent avoir décelé un critère affirment la distinction, ceux qui n'en ont point trouvé la nient» (3).

A nos yeux et en l'absence de critère précis, la distinction ne se justifie pas en termes de technique juridique, mais en termes d'opportunité judiciaire ou d'équité et de morale. Plus ou moins de rigueur doit être appliquée proportionnellement à la bonne foi du débiteur ou à la pitié méritée par le créancier (4). Entre la déchéance qui sanctionne la faute du créancier (5) et la prescription qui concrétise son inaction il n'y a pas de place pour une troisième notion. La prétendue forclusion qui découlerait de l'expiration des délais prefix doit être rejetée. Cette notion ambiguë recouvre en réalité des délais de deux natures différentes. Les uns, en majorité, reposent sur la faute à ne pas agir et doivent réintégrer la notion de déchéance dont ils présentent les caractères. Les autres ne sont que des prescriptions renforcées et doivent être traités comme celles-ci (6).

En raison de ces imprécisions la notion de prescription est entourée d'un certain flou. L'incertitude s'accroît lorsque l'on aborde l'étude des deux piliers sur lesquels repose la mesure du temps qui caractérise la prescription. Savoir combien dure le délai, savoir quand il commence à courir et quand il s'achèvera est nécessaire pour une bonne connaissance de l'extinction du cautionnement. L'effort d'éclaircissement devra donc porter tant sur la détermination du délai (A) que sur sa mise en œuvre (B).

(1) J. CARBONNIER : op. et loc. cit.

(2) R. RODIERE : Note au Sirey 1951, 2, 45 sous Lyon 6 juillet 1950.

(3) D. LANDRAUD : *La prescription extinctive et l'ordre public*, Thèse précitée, n° 19, p. 27.

(4) Il s'agit des créanciers faibles et désarmés comme les associés face à leur société, les particuliers face aux administrations para-publiques, les consommateurs face aux producteurs organisés, etc...

(5) Sur la notion de déchéance, ses caractères et son contenu, cf. infra, n° 376.

(6) L'art. 122 du Nouveau Code Proc. civ. réunit d'ailleurs sous la qualification de fin de non-recevoir la prescription et le délai-prefix, tous deux entraînant un «défaut de droit d'agir».

A — La détermination du délai

168. — Délais de droit commun et de droit cambiaire. Le droit commun s'impose en l'absence de disposition contraire émanant des parties ou de la loi (1).

Le droit commun de la prescription ne présente de difficultés dans la détermination du délai qu'en raison du caractère civil ou commercial des créances frappées. Si le cautionnement est civil, la prescription est trentenaire ou quinquennale suivant la nature des sommes réclamées (2). Si le cautionnement est contracté par un commerçant, la prescription est décennale (3). S'il est un acte mixte, la prescription est fonction du débiteur (4). Là devrait s'arrêter la variété des situations. Cependant un auteur a soutenu que la différence de caractère entre l'obligation principale et le cautionnement influait sur le délai de la prescription du cautionnement (5). Il y a là confusion, car la règle de l'accessoire concerne seulement le régime de l'accessoire mais non sa nature. C'est pourquoi la commercialité subjective retenue actuellement par la jurisprudence permet de garantir une opération civile par un cautionnement commercial pour le créancier (par exemple une banque) comme pour la caution (qui y trouve un intérêt pécuniaire déterminant). L'obligation principale est alors un acte mixte soumis à la prescription trentenaire, mais son cautionnement est un acte de commerce prescriptible par dix ans.

(1) Le législateur français a su résister à la tentation souvent victorieuse d'abrégier le délai de prescription du cautionnement. Au motif qu'il est un contrat de bienfaisance, ACCURSE proposait une prescription de 10 ans, sur le fondement d'une décrétale douteuse d'Alexandre III (cf. P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, t. 1, 2^e ed^o, 1969, n^o 317, p. 346). — Au motif que le cautionnement était devenu, dans la Rome royale et républicaine, d'une telle profusion que la caution pouvait légitimement oublier ses engagements, la loi FURIA de sponsu (fin du 6^e siècle de Rome, selon P.F. GIRARD : cf. supra, n^o 8, p. 17, note 2) édicta une prescription de 2 ans à compter semble-t-il de l'exigibilité de la dette (P.F. GIRARD : op. cit., p. 762, note 1) bien que certains pensent qu'elle courait du jour de l'engagement (P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : op. cit., n^o 311, p. 340).

(2) La prescription quinquennale de l'art. 2277 C. civ. peut jouer souvent en matière de cautionnement, notamment à l'encontre des créances d'intérêts moratoires. De même la fréquence du cautionnement d'un emprunt obligataire (par la société mère ou une autre société du groupe de l'émettrice) peut susciter le jeu de la prescription quinquennale contre les revenus des obligations.

(3) Art. 189 bis, C. com. modifié par la loi n^o 77-4 du 3 janvier 1977.

(4) La prescription est en effet de dix ans si le débiteur est commerçant (art. 189 bis C. com. modifié) et de trente ans s'il ne l'est pas.

(5) P. SIMLER : op. cit., n^o 120, qui qualifie d'acte mixte le cautionnement commercial d'une opération civile, et lui refuse ainsi l'application de la prescription commerciale.

Des dispositions abrégant ces délais peuvent être adjointes par les parties (1). Une telle modification de la longueur de la prescription concernant la seule obligation principale pourra être invoquée par la caution, qui arguera de la caducité de son engagement. Propre au cautionnement, cette prescription libèrera la caution par anticipation (2).

Ce sont les dispositions spéciales concernant les délais de la prescription cambiariaire qui soulèvent la difficulté majeure. L'article 179 C. com. qui réglemente le régime des prescriptions cambiaires est muet sur le sort qu'il faut réserver à la prescription des actions dirigées contre l'avaliseur. Un tel cas d'absence de dispositions propres au droit cambiariaire de l'aval est fréquent ; il est ordinairement résolu par un recours au droit commun du cautionnement. La vocation de ce droit commun à « boucher les interstices de la législation sur l'aval est ainsi indiscutable » (3).

Les éléments du droit commun se résument en une règle de portée générale : la règle de l'accessoire. En application de ces dispositions il faut mesurer le sort de l'avaliseur à celui du débiteur garanti ; la prescription des actions dirigées contre l'avaliseur doit donc être la même que celle dont bénéficie le débiteur garanti, c'est-à-dire trois ans contre l'avaliseur de l'accepteur et un an contre les autres donneurs d'aval. Trois illustrations textuelles permettent de justifier cette solution.

L'article 2012 C. civ. impose au cautionnement le support d'une obligation valable. Tel ne pourrait être le cas d'un aval continuant d'exister alors que l'obligation du débiteur principal est prescrite. Dans le même sens l'article 2013, al. 1er, C. civ., qui interdit au cautionnement d'excéder ce qui est dû par

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed^o, 1954, n^o 1349, pp. 762 et 763. Un bon exemple est fourni par l'espèce tranchée par Com. 26 avril 1977 (Gaz. Pal. 1977, 2, som. p. 258 ; D. 1977, inf. rap., p. 345), où la caution n'était garante que des dettes dont le paiement était réclamé pendant la durée des travaux de gros œuvre d'une construction. — Comp. également le Décret du 25 mars 1965 (n^o 65-226) dont l'art. 15, al. 3, impose aux créanciers d'une société de caution mutuelle garantissant les intermédiaires dans les transactions immobilières de faire valoir leurs créances dans le délai abrégé de 3 mois suivant la publication de la cessation de garantie. (pour une application, V. Civ.1, 28 juin 1977, Bull. civ. 1977, I, n^o 298 (2), p. 235 ; J.C.P. 1977, IV, p. 221).

(2) Des clauses concernant la libération totale de la caution à l'issue d'un bref délai commençant à courir du jour de l'exigibilité de la dette se rencontrent souvent en pratique. Ces clauses constituent à notre avis des modifications conventionnelles abrégant la prescription ; toutefois les parties, les juges et les auteurs qualifient ces stipulations de terme extinctif. C'est donc à propos de cet événement que nous les étudions : cf. infra, n^o 277.

(3) M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, Paris, Librairies Techniques, 1974, n^o 33, A, p. 112. — Adde dans le même sens : P. LESCOT : Rapport sous Cass. 28 octobre 1952, J.C.P. 1953, II, 7588, note R. ROBLOT, cité par M. CABRILLAC, eod. loc., p. 111, ainsi que l'attendu très net de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 octobre 1967 (Banque, 1968, 297, obs. X. MARIN) reproduit ibidem : « l'aval n'est qu'une modalité spéciale à une branche du droit commercial de la garantie personnelle que le droit privé désigne plus généralement par le terme de caution (Sic) ».

le débiteur, conduit à la même solution. Enfin doit être invoqué l'article 130, al. 7, C. com. qui, en disposant que «le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant», impose une adéquation stricte du régime des deux obligations.

Ces arguments permettent de rejeter la thèse de M. le Doyen R. HOUIN qui considère que le donneur d'aval ne peut invoquer que la prescription cambiaire de principe posée par l'article 179, al. 1, C. com., longue de trois ans (1).

Le délai de prescription que peut invoquer le donneur d'aval se détermine par référence à celui qui régit la prescription de l'engagement garanti (2). Cette solution satisfait l'esprit comme l'âme, en rendant un son de juste et d'équité. Elle fait appel au principe d'adéquation des régimes de l'accessoire et du principal en repoussant une tentative de dérogation injustifiée. En effet une dérogation à la règle de l'accessoire ne peut provenir que de deux sources : soit un texte, qui constitue alors une dérogation expresse, comme ceux qui prévoient la survie du cautionnement en cas d'incapacité du débiteur principal (article 2012, al. 2, C. civ.), de concordat (article 49 L. 13 juillet 1967 ; article 35, Ord. 23 septembre 1967), de nullité de forme de la lettre de change (article 130, al. 8, C. com.) ; soit une amélioration du sort de la caution, qui peut trouver sa source dans une stipulation particulière du contrat (permise par l'article 2013, al. 2, C. civ.) ou dans une règle générale (comme la possibilité pour le cautionnement d'être l'objet d'une prescription propre).

Ni les parties, ni une règle occulte ne peuvent rendre le sort de la caution plus dur que celui du débiteur principal. Il serait donc contraire aux règles générales de prévoir en matière d'aval un délai de prescription plus long que

(1) Obs. à la Rev. trim. dr. com. 1949, pp. 135 à 139, spécialement p. 137, en commentaire du jugement du Trib. com. de la Seine du 6 janvier 1949. — Pour une origine de cette solution antérieure à la révolution, cf. B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, § 184, pp. 207 in fine et 208, et note 74.

(2) Cf. en ce sens la jurisprudence, «de formation ancienne mais constamment renouvelée» (M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, précité, n° 37, C, p. 130) approuvée par une doctrine quasi-unanime : Req. 5 avril 1892, S. 1892, 1, 365. — Req. 2 août 1904, S. 1905, 1, 185, note M. BERNARD. — Paris 13 mars 1854, D. 1855, 2, 294 ; S. 1855, 2, 201. — Aix 25 mars 1858, S. 1859, 2, 302. — Trib. com. Seine, 6 janvier 1949, J.C.P. 1949, II, 4946, note R. ROBLOT : Gaz. Pal. 1949, 1, 163 ; Rev. trim. dr. com. 1949, p. 135, obs. R. HOUIN. — J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFRET : t. 2, 1966, n° 1474, p. 568, in principio. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence* (précité), n° 37, C, p. 130. — P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, 1953, n° 505, 6°, pp. 571 in fine et 572. — R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n° 435, p. 367, et note au J.C.P., 1949, II, 4946, précitée. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce* (thèse précitée), § 184, pp. 207 et 208. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire...* (thèse précitée), n° 197, p. 178. — N. MONTOUT-ROUSSY : *La situation juridique ambiguë du donneur d'aval*, D. 1974, chron., pp. 197 à 202, spécialement I, B, c, p. 198, 2^e col.

celui de l'obligation principale. De plus, rien ne justifierait une telle dérogation, le porteur qui néglige d'exercer ses droits ne méritant pas une considération spéciale (1).

B — La mise en œuvre du délai

169. — Computation. Le délai une fois déterminé, son efficacité pratique dépend des conditions dans lesquelles sa computation sera effectuée. Aux éléments de perturbation inhérents à toute prescription s'ajoutent en notre matière ceux qui découlent de l'interaction des deux prescriptions. Cautionnement et obligation principale ont des prescriptions parallèles, mais qui ne sont pas nécessairement accolées. Quatre causes d'achoppement apparaissent.

1) Le point de départ du délai est l'un des domaines où les tribunaux excellent à trouver des raisons de modifier la mise en œuvre de la prescription. Le délai de prescription ne commence normalement à courir que du jour où l'obligation principale est exigible (2). Ce point de départ est donc commun aux deux prescriptions de l'obligation principale et du cautionnement (3). Malgré tout un décalage peut se faire jour lorsque les circonstances de l'espèce le permettent. Ainsi la Cour de cassation a jugé récemment qu'une dissimulation frauduleuse effectuée par le débiteur et ayant empêché le créancier de faire valoir ses droits a retardé le départ de la prescription (4). Une telle décision imprégnée d'une coloration sanctionnatrice à l'encontre du débiteur fautif, ne peut être étendue à la caution sans établir l'existence d'un concert frauduleux. Le point de départ des deux prescriptions s'en trouve modifié.

2) De cette situation se rapprochent les hypothèses de suspension du délai de prescription. En cette matière, deux cas sont à distinguer. D'une part les suspensions stricto sensu (5) : les causes de suspension visent uniquement

(1) D'autant qu'il dispose la plupart du temps du recours fondamental vierge de toute atteinte. (Sur l'efficacité de ce recours malgré la prescription de l'action cambiaire : Com. 7 juin 1974, Bull. civ. 1974, IV, p. 141.

(2) Les juges doivent le rappeler à des cautions qui désireraient computer leur délai de prescription du jour de l'acte de cautionnement : cf. par exemple : Trib. com. Seine 8 juin 1966, Banque, 1966, p. 799.

(3) Ceci explique que la dette de la caution qui garantissait le solde d'un compte courant et qui a révoqué son engagement avant la clôture du compte ne commencera à courir que du jour de la clôture de ce compte.

(4) Com. 7 mai 1975, B. 1975, p. 981, obs. L.M. MARTIN : pp. 981 à 983 : en un tel cas, « la prescription, qui n'a pu commencer à courir, n'est pas acquise ».

(5) Ce sont : l'incapacité du créancier (art. 2252 C. civ.), la qualité de conjoint du débiteur (art. 2253 C. civ.), et celle d'héritier bénéficiaire dans l'hypothèse où il est créancier de la succession (art. 2258 C. civ.).

le créancier et, par leur nature, sont générales. Elles concernent donc aussi bien la prescription de l'obligation principale que celle du cautionnement et aucun décalage n'apparaîtra dans la mise en œuvre de leurs délais. D'autre part s'ajoute à ces suspensions légales le jeu rénové par la jurisprudence de la règle «contrat non valentem agere...». Lorsqu'un «empêchement quelconque résultant... de la force majeure (1)» met obstacle à l'exercice de ses droits par le créancier, la prescription cesse de courir. La jurisprudence, qui a une conception très bienveillante de l'obstacle, considère même que des pourparlers amiables entrent dans ce cadre (2). Cette «force majeure» peut donc être spéciale au débiteur et ne point concerner la caution, dont le délai de prescription continue de courir.

3) L'interruption des délais de prescription apporte de nouvelles perturbations à leur mise en œuvre. Mais ces perturbations seront nécessairement synchrones : en droit commun d'abord, par application de l'article 2250 C. civ. qui lie en cette hypothèse le sort de la caution à celui du débiteur principal. (bien que ce texte soit né de la seule opinion de POTHIER (3), il est appliqué sans hésitation à toutes les sortes de cautionnement, simple comme solidaire)(4) ; en droit cambiaire ensuite, où les textes offraient pourtant matière à controverse. En effet, l'article 179, al. 5, C. com. dispose que «l'interruption de la prescription n'a d'effet que contre celui à l'égard duquel l'acte interruptif a été fait». Fallait-il appliquer cette règle à l'avaliseur (5) ?

(1) Civ. 25 juin 1935, S. 1936, 1, 366.

(2) Req. 28 novembre 1938, D.H. 1939, 99. Solution retenue il est vrai en matière de bref délai de l'action en garantie des vices cachés. — Adde : J. CARBONNIER : *La règle contra non valentem agere...*, Rev. crit., 1937, p. 155 ; *Notes sur la prescription extinctive*, précité, spécialement p. 174.

(3) Cf. P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire...* (thèse précitée), n° 75, p. 71, et surtout les excellentes observations de G. HOLLEAUX : Note au Dalloz, 1931, 1, pp. 73 à 76, sous Req. 23 juillet 1929, spécialement le II de la note, p. 75, 2^e col. L'opinion de POTHIER, «qui se présente comme un simple avis personnel» (ibidem), repose sur l'idée inadmissible d'unité de dette entre le débiteur principal et la caution.

(4) Req. 23 juillet 1929, D. 1931, 1, 73. — Adde : M. VILLA : *J. Cl. civ.*, fasc., art. 2242-2250, 1974, n° 128. Noter que cette solution, considérée comme satisfaisante en France, devrait être écartée lors de la révision du Code civil québécois. Cf. office de révision du Code civil, Comité du contrat de cautionnement (rapport XXXIII, Montréal 1975), art. 27 du projet 34 : «la demande en justice contre le débiteur n'interrompt la prescription contre la caution que si elle est mise en cause».

En revanche les droits des pays membres de la C.E.E. sont unanimes à maintenir le principe, sauf peut-être l'Allemagne où cette conception est controversée. Cf. rapport du Max Planck Institut sur *Le cautionnement dans le droit des états membres des Communautés Européennes*, n° 90, p. 102.

(5) Argument était pris, en faveur de cette application, de ce que l'art. 151 C. com. prévoyant la solidarité cambiaire met sur un plan d'égalité l'avaliseur et les autres signataires.

La jurisprudence, approuvée par la doctrine, s'y est fort justement refusée (1). La justification de la solution réside dans la solidarité parfaite qui unit l'avaliseur au débiteur principal, solidarité plus complète que la solidarité cambiaire ordinaire et qui permet de reporter sur le donneur d'aval les péripéties de la prescription du débiteur principal (2).

En sens contraire, l'interruption réalisée contre la caution a-t-elle effet contre le débiteur principal (3) ? Il faut décider que non (4) tant pour le cautionnement simple, où la solution s'impose, que pour le cautionnement solidaire et l'aval (5), pour la raison d'opportunité et de bon sens qu'un débiteur accessoire, non directement intéressé à l'obligation principale, ne peut engager le débiteur principal ou aggraver son sort (6).

De cette solution il résulte que tout acte interruptif dirigé contre la seule caution est dénué d'efficacité : en effet dès que la prescription sera acquise par le débiteur principal, la caution pourra s'en prévaloir par le jeu de la règle de l'accessoire (7).

4) La même remarque vaut d'ailleurs pour la renonciation à la prescription. Même si la caution ou le donneur d'aval renoncent à la prescription de leur engagement personnel, la prescription acquise en faveur de l'obligation principale interdit toute survivance de la garantie accessoire (8).

D'application plus fréquente est le problème de l'opposabilité à la caution de la renonciation émanant du débiteur principal. En matière de prescription, la renonciation est très libéralement admise par la jurisprudence, « ce qui prouve sa tendance, suivant l'exemple que la loi lui donne, à écarter le plus possible le moyen tiré de la prescription, en particulier quand le juge a acquis l'intime

(1) Com. 10 janvier 1951, Bull. civ. 1951, III, n° 19, p. 12 ; S. 1951, I, 171 ; D. 1951, 310 ; Rev. trim. dr. com., 1951, 552, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC et p. 594, obs. R. HOUIN ; Banque, 1951, 576, obs. X. MARIN ; Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, n° 89, pp. 312 à 315 et les excellentes observations de P. LAGARDE et les références citées.

(2) En ce sens : P. LAGARDE : obs. précitées, spécialement pp. 314 et 315.

(3) La question, qui n'intéresse qu'indirectement l'extinction du cautionnement, ne sera étudiée que dans la limite de son influence sur l'avenir d'un cautionnement simple.

(4) Cf. G. HOLLEAUX : note précitée au Dalloz, 1931, I, pp. 73 à 76, sous Req. 23 juillet 1929, spécialement II, p. 76, (et les auteurs cités p. 76, 1ère col.). Cet auteur se révèle pourtant un ardent défenseur de l'assimilation, à l'égard du créancier, de la caution solidaire au co-débiteur solidaire.

(5) P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, n° 505, 6°, in fine, p. 572, et note 3.

(6) Contra cependant : Req. 23 juillet 1929 : Dalloz, 1931, I, 73, note G. HOLLEAUX (précitée) ; Gaz. Pal., 1929, 2, 784, qui a décidé que la caution solidaire qui paie une partie de la dette interrompt la prescription à l'égard du débiteur principal.

(7) En ce sens : P.A. SIGALAS, Thèse précitée, n° 75, p. 72.

(8) Paris 13 mars 1854, précité, qui appliqua ce raisonnement à un donneur d'aval. — Cf. B. GEISENBERGER : Thèse précitée, § 184, p. 210.

conviction que le débiteur n'a pas payé sa dette» (1) (2). Les trois moments auxquels peut survenir la renonciation ne lui confèrent pas tous la même efficacité. La renonciation survenant avant que le délai n'ait commencé à courir est frappée d'inefficacité par l'article 2220 C. civ. Celle qui est effectuée pendant le cours du délai équivaut à une interruption par reconnaissance de la dette. La renonciation consentie après l'expiration du délai est parfaitement valable et efficace. De cette différence de qualification découle une différence d'impact. La renonciation en cours de délai, qui est une reconnaissance de sa dette par le débiteur principal, est opposable à la caution (article 2250 C. civ.) et fait courir, même à son égard, un nouveau délai. En revanche la renonciation à la prescription acquise doit être considérée, en application de l'article 2225 in fine du Code civil, comme un acte à portée réduite au seul renonçant. La renonciation du débiteur n'empêche donc pas la caution d'invoquer la prescription acquise (3).

La mise en œuvre du délai de prescription démontre les divers avatars qui accablent cette cause d'extinction. Unanimement considérée comme peu satisfaisante, la prescription est souvent repoussée, malmenée et son application différée ou rejetée. Les méthodes dont le bénéficiaire pourra user pour prescrire revêtent de ce fait une plus grande importance.

SECTION II

LES PHYSIONOMIES DE LA PRESCRIPTION

170. — Les deux aspects de la prescription. La prescription, en rendant le droit périssable, le ramène à l'échelle humaine. Les imperfections de l'homme apparaissent alors qui rendent le droit vulnérable. Tel par négligence, tel par

(1) D. LANDRAUD : *La prescription extinctive et l'ordre public*, Thèse précitée, n° 270, p. 353.

(2) A ceci deux limites :

1^o) La renonciation tacite doit être dépourvue d'ambiguïté (Civ. 23 novembre 1915, S. 1917, 1, 86 ; D.P. 1921, 1, 27 et jurisprudence constante depuis).

2^o) Le fait de ne pas invoquer la prescription n'est pas une renonciation tacite. Civ. 25 octobre 1937, S. 1937, 1, 374 ; D.H. 1937, 55).

Sur ces deux questions, cf. D. LANDRAUD : Thèse précitée, n° 271, p. 353 et n° 273, p. 356.

(3) Civ. 8 décembre 1852, D.P. 1853, 1, 80. — Civ. 2 février 1886, S. 1887, 1, 5 (2^e espèce), note J.E. LABBE. — Req. 18 mars 1895, S. 1905, 1, 185, note M. BERNARD ; D.P. 1895, 1, 367. — Paris 9 février 1883, *D. Jur. Gén.*, Vis Prescription civile, n° 91. — Limoges 18 décembre 1842, S. 1843, 2, 495, note TISSIER. — Grenoble 23 décembre 1898, D.P. 1903, 5, 572. — L. JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3^e ed°, 1939, n° 995, 1^o. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1385, p. 801. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 2049, p. 721. — D. LANDRAUD : Thèse précitée, n° 256, p. 331. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art 2034-2039, n° 9 et n° 68, et les auteurs cités. — E. GAUDIN de LAGRANGE et J. RADOUANT : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, Vis PRESCRIPTION CIVILE (1974), n° 548.

décision arrêtée n'exerceront pas le droit dont il jouissent. L'ineffectivité de la règle de droit subjectif qui résulte d'une telle attitude revêt parfois le manteau de la prescription.

A priori la prescription est subie par le créancier, en guise de sanction de son inaction prolongée. L'on veut «convertir en situation juridique une attitude de fait qui ait persisté assez longtemps pour être symptomatique» (1), au risque de sacrifier le créancier qui a laissé s'établir et se développer cette situation de fait. En ce sens premier, la prescription est subie par le créancier (§ 1).

A la réflexion cependant il apparaît que la prescription peut fort bien avoir été admise par le créancier comme une technique lui permettant d'éteindre son droit sans extériorisation de sa volonté. La même finalité de consolidation des situations de fait se pare alors d'une coloration volontariste. La prescription n'est plus imposée au créancier, mais concédée par lui (§ 2), ces deux aspects de la même technique étant parfaitement complémentaires en des situations différentes.

Paragraphe 1

LA PRESCRIPTION SUBIE PAR LE CREANCIER

171. Les limitations à l'effet extinctif de la prescription. En ce qu'elle est imposée au créancier, la prescription revêt un aspect injuste. Le temps est un milieu indéfini dans lequel l'homme baigne, mais dont il n'est pas maître. Sanctionner l'écoulement du temps, c'est prendre le risque de créer des injustices dans la mesure où la qualité du temps écoulé a pu être modifiée par divers événements. Par différents procédés, le législateur va tempérer cette sanction. C'est pourquoi la prescription n'est qu'un procédé imparfait de libération. Deux limitations visent à affaiblir son impact. D'une part ses effets sont limités à une suppression de l'action en justice (A). D'autre part certaines prescriptions ne sont que présomptives et peuvent être écartées par le créancier (B).

A — Extinction réduite à l'action en justice

172. — Portée de cette extinction. La prescription est assurément un événement libératoire, car la caution ne peut être contrainte de payer contre

(1) J. CARBONNIER ; *Notes sur la prescription extinctive*, art. précité, p. 172.

son gré. Mais est-elle vraiment un évènement extinctif du cautionnement (1) ? En effet l'exécution volontaire est un paiement et non une libéralité. L'on considère donc que la prescription concerne seulement la technique de mise en œuvre du droit, c'est-à-dire l'action en justice dont il était muni et non le droit lui-même (2). En faisant officiellement de la prescription une fin de non recevoir, le nouveau Code de procédure civile (article 122) a entériné les opinions antérieurement émises.

L'on peut regretter cette faiblesse de l'effet de la prescription et considérer que «si elle s'attaquait au fond du droit lui-même, son utilité serait plus grande» (3). L'on peut aussi chercher à l'expliquer. La justification trouvée dans l'obligation naturelle qui survivrait à la charge du débiteur doit être considérée comme fort insuffisante (4). C'est dans le fondement de la prescription que l'on trouvera les raisons de la faiblesse de son effet extinctif. La prescription répond à un but d'assainissement du monde juridique ; il s'agit d'une mesure d'intérêt général, sinon d'ordre public, destinée à élaguer l'arbre du droit de ses rameaux effeuillés.

Cette volonté d'assainissement a cependant une base fragile ; elle ne repose que sur la présomption que l'inaction du créancier, prolongée pendant tout le temps où il était en mesure d'agir, découle de sa satisfaction. Ce fondement est avoué pour les courtes prescriptions (5), il est sous-jacent pour les autres. On présume que l'obligation a été éteinte par un quelconque évènement extinctif (6). Au fur et à mesure que le temps passe, la présomption se renforce pour éclore

(1) Il est symptomatique que de nombreux auteurs ne classent pas la prescription parmi les causes d'extinction des obligations, ainsi L. JOSSERAND : op. cit., t. 2, n° 833. De même le Max Planck Institut, dans son rapport sur *Le cautionnement dans les états membres des communautés européennes* (précité) étudie la prescription parmi les exceptions qui affectent non pas l'existence mais la réalisation de la créance garantie (n° 69, pp. 77 in fine et 78 in principio).

(2) Cf., en sus des traités généraux (récapitulés par J.F. OVERSTAKE : *J. C., civ.*, fasc. art. 2260-2264, (Effet de la prescription) (1974), n° 112) : Y. LOUSSOUARN : *La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu*, Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 212 s., spécialement p. 228. — J. CARBONNIER : *Notes sur la prescription extinctive*, art. précité, spécialement p. 176. — M. GOBERT : *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse, Tunis, 1957, Sirey, (Paris 1957) (Bibl. de l'institut des hautes études de Tunis, t. 6, préf. J. Flour), pp. 15 à 35, plus spécialement pp. 26 et 27. — J. CHEVALLIER : note au Dalloz, 1940, 1, 57, sous Req. 17 janvier 1938. — Contra : M. VASSEUR : *Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure*, Art. précité, n° 9 à 11, pp. 448 à 450.

(3) D. LANDRAUD : *La prescription extinctive et l'ordre public*, Thèse précitée, n° 309 (conclusion), p. 410.

(4) Deux insuffisances frappent l'explication par l'obligation naturelle. D'abord elle ne saurait valider les paiements effectués par erreur ; ensuite elle ne peut concerner que les obligations reposant sur un fondement moral, alors que la prescription a les mêmes effets pour toutes les obligations. (Sur ces deux points, cf. M. GOBERT : Thèse précitée, pp. 32 et 33 ; adde : J. CHEVALLIER : note sous Req. 17 janvier 1938, D. 1940, 1, 57, précitée).

(5) Le créancier peut en effet poser au débiteur «la question de savoir si la chose a été réellement payée» (art. 2275, al. 1, C. civ.).

(6) Cf. en ce sens L. JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e ed°, 1933, Paris, Sirey, n° 1004, p. 528.

dans toute sa vigueur lors de l'expiration du délai. Mais comme il ne s'agit que d'une présomption, la sanction laisse encore la possibilité juridique de valider un paiement effectué volontairement par le débiteur. La perte de son action démunie le créancier d'un moyen de perturber une situation de calme qu'il a laissé s'établir et se fortifier. En supprimant ainsi l'aspect dynamique du droit, on supprime toute l'efficacité du droit ; le résultat pratique est donc équivalent (1).

Néanmoins la prescription va plus loin qu'une simple paralysie du droit ; lorsque la loi retire au créancier sa possibilité de coercition, « il ne reste rien de l'obligation civile... en supprimant l'action, le législateur supprime le droit » (2). Par ses effets, même limités, la prescription remplit pleinement sa fonction et ce dans tous les contrats, synallagmatiques ou unilatéraux (3). Son effet extinctif demeure cependant plus fragile que pour d'autres événements ; ceci est particulièrement sensible en matière de prescription présumptive.

B — Extinction parfois soumise à la preuve du paiement.

173. — Prescription présumptive et serment décisoire. Une difficulté apparaît lorsque l'on aborde les courtes prescriptions contre lesquelles la loi permet au créancier de déférer le serment au débiteur. Si le créancier assigne directement la caution et que celle-ci invoque la prescription de la dette principale, le créancier doit-il lui référer le serment de l'article 2275, al. 1, C. civ., qui vise le débiteur, ou celui de l'alinéa 2 du même article, qui concerne le serment de crédulité (ou crédibilité) propre aux personnes informées des affaires du débiteur ? Le problème se pose en termes identiques pour l'avaliseur (article 179, dernier alinéa, C. com.) (4).

Doctrine et jurisprudence affirment nettement que la liste des personnes énumérées par l'article 2275, al. 2, C. civ. est limitative (5). Il ne peut donc

(1) D. LANDRAUD : Thèse précitée, n° 290, p. 384.

(2) G. RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 4^e ed°, 1949, n° 188, p. 368.

(3) R. HOUIN : *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Thèse, Paris, 1937, Ed° Laverne (1937), p. 370.

(4) Ont posé le problème sans le résoudre : J. PERCEROU et J. BOUTERON : *La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque* (1938, t. 1, § 198). — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, § 184, p. 209, qui considère que « le donneur d'aval, auquel le serment est déferé, doit donc simplement donner un avis, sous la foi et avec la solennité qui s'attachent à ce mode de preuve » (ibidem).

(5) E. GAUDIN de LAGRANGE et J. RADOUANT : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, vis PRESCRIPTION CIVILE, 1974, n° 575. — M. PLANIOL et G. RIPERT : *Traité pratique de droit civil*, t. 7, 2^e ed°, par J. RADOUANT, n° 1395, p. 811. — Cf. encore dernièrement : Soc. 9 octobre 1974, J.C.P. 74, IV, p. 376.

être question de déférer à la caution ou à l'avaliseur le serment de crédulité. Mais peut-on lui déférer le serment principal qui ne concerne que le débiteur lui-même ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative bien que d'une façon quelque peu ambiguë (1). Au motif que le «donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant», elle permet au créancier de déférer le serment de paiement à l'avaliseur. Ainsi donc est écartée la possibilité d'un serment de crédulité.

Cependant le serment de paiement n'est pas celui visé par l'article 179, al. 6, C. com. Un serment ne peut logiquement porter que sur un fait personnel à celui qui le prête ; c'est pourquoi dans ses arrêts du 8 mars 1971 et du 30 avril 1974 la Cour de cassation prend bien soin de noter que le serment déféré à l'avaliseur (2) portait «sur un fait qui lui était personnellement imputé». Ainsi donc seul était visé un paiement par l'avaliseur lui-même ; il n'avait donc pas à jurer de la réalité d'un paiement qu'aurait effectué le débiteur principal.

Cette solution est critiquée par ses annotateurs (3) qui lui reprochent principalement son inutilité. On ne peut en effet rien conclure du refus par l'avaliseur de prêter un tel serment et surtout pas en faire découler une parade à la prescription. Que le donneur d'aval reconnaisse qu'il n'a pas payé ne signifie pas que la dette principale n'est pas éteinte, puisque le débiteur a pu y pourvoir.

Par ailleurs, demander au donneur d'aval d'engager sa foi sur des actes qui ne lui sont pas personnels est impossible. Même «à une époque où le serment s'est désacralisé et la parole d'honneur dévaluée (4)», on ne peut permettre au créancier de contraindre l'avaliseur à jurer de l'exécution par autrui d'actes

(1) Civ. 10 mars 1937, Gaz. Pal. 1937, 1, 710. — Com. 8 mars 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 70, p. 64 ; Rev. trim. dr. com., 1972, p. 129, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : arrêt reproduit et commenté in : *La lettre de change dans la jurisprudence* par M. CABRILLAC, n° 37, C, pp. 130 et 131 ; sur nouveau pourvoi dans la même affaire : Com. 30 avril 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 139, p. 110 ; Rev. trim. dr. com., 1975, p. 140, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(2) Dont la formule était : «vous jurez avoir payé le montant des quatre lettres de change... portant votre aval personnel».

(3) Cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées, Rev. trim. dr. com., 1972, p. 129, qui remarquent notamment que : «puisque le donneur d'aval peut invoquer la prescription dont bénéficie l'avalisé, il doit le faire dans les mêmes conditions que lui, et avec la même limite...». — Comp. cependant les observations des mêmes auteurs sous le second arrêt, qui paraissent plus nuancées puisqu'ils invitent «le donneur d'aval à jurer, soit qu'il a payé, soit qu'il a la ferme conviction que le débiteur principal a payé, bref à faire au sujet de cette dernière circonstance un simple «serment de crédibilité»».

(4) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées, Rev. trim. dr. com., 1975, p. 140, n° 6 in principio. — H. LEVY-BRUHL a particulièrement bien exposé «la décadence progressive du serment sur le plan juridique et procédural» (*La preuve judiciaire, Etude de sociologie juridique*, Paris, Libr. D. Rivière, 1964, p. 101). Le serment repose sur un double acte de foi : croyance du jureur en des êtres surnaturels tenant le rôle de justicier ; croyance du juge dans l'honnêteté du jureur (eod. op., pp. 86-87). Mais «à partir du moment où le nombre des incroyants cesse d'être négligeable, il y a tout lieu de craindre que le serment ne devienne un piège...» (eod. op., p. 98). La conclusion pessimiste est que «le serment n'est plus en harmonie avec la société actuelle» (eod. op., p. 102 in principio).

qui lui sont étrangers. Sauf à recourir au serment de crédibilité, la situation nous paraît paralysée et l'impasse définitive. Heureusement, si l'avaliseur ne peut répondre des actes du débiteur principal, ce dernier est à même de le faire et il appartient au créancier négligent de s'adresser à lui s'il veut faire tomber la présomption de paiement de l'obligation principale (1).

La prescription, bien qu'imposée au créancier négligent ou trop bonhomme, lui laisse cependant une marge de manœuvre. C'est la raison de la faiblesse de son effet extinctif. La prescription apparaît ainsi comme une sanction fort mesurée. Sa finalité s'accommode cependant fort bien d'une autre conception, dans laquelle la prescription ne serait plus une sanction mais bien une conséquence de l'inaction du créancier, recherchée plus ou moins délibérément par celui-ci.

Paragraphe 2

LA PRESCRIPTION CONCEDEE PAR LE CREANCIER

L'esprit de compromis, le désir d'éviter une lutte avec autrui, de ne pas pousser au bout son avantage, guident souvent l'homme, dans sa vie courante comme dans sa vie juridique. Cette constatation très générale s'anime d'une vigueur particulière (A) lorsqu'elle est éclairée par le rôle que peut y jouer la prescription (B).

A — La situation de fait

174. — **Constatations.** Décrire la situation de fait qui donne à la prescription un terrain d'évolution nouveau oblige à couvrir un vaste ensemble d'hypothèses. Tout un chacun est concerné : c'est le consommateur qui n'exige pas le respect des règles légales concernant les prix ; c'est l'épicier qui dit à la cliente manquant de menue monnaie : «vous me le rendrez demain !» sans avoir l'intention de le lui réclamer ; c'est le bailleur qui n'applique pas les variations d'indice prévues au contrat afin de ménager son locataire ; c'est l'assuré qui ne déclare pas les petits sinistres, etc... Le désir de ne pas utiliser

(1) Comp. P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, 1953, n° 505, 60, p. 572 : «si la caution prétend s'être acquittée elle-même de la dette cambiaire, elle l'affirme sous la foi du serment ; si elle avoue n'avoir personnellement rien payé, il ne peut s'agir que d'un serment de crédibilité».

un droit, de le laisser déperir et tomber en désuétude fait partie de notre activité quotidienne. Plus la valeur économique du droit est faible, plus sa mise en œuvre nécessiterait d'activité, de lutte, plus la tendance à l'abandon est sensible.

Dans tous ces exemples, la faible importance des sommes en jeu explique cet abandon des droits contractuels. Il est cependant des cas où l'attitude du créancier est la même malgré une plus grande valeur des droits en cause.

Ce phénomène se produit surtout en matière de cautionnement. Le créancier craint souvent la résistance dilatoire et injustifiée de la caution, et préfère éviter le risque d'un procès long, coûteux et éprouvant (1). Il développe alors sa volonté d'atermolement à l'égard du débiteur principal sous la pression indirecte de la caution. De son côté la caution garde souvent un silence et une passivité absolus : elle adopte le comportement « du mort » afin de permettre ou de faciliter l'oubli de son existence et de son engagement. En dehors même de tout calcul, cette attitude exprime le sentiment qui habite la caution de ne pas être moralement engagée ; ce n'est pas sa dette propre, mais la dette d'un autre qui est en jeu. Elle ne se sent pas les mêmes devoirs que pour ses engagements personnels parce qu'elle est engagée pour d'autres et non pour elle-même.

Le créancier, même informé de ses droits, même habitué à la pratique des affaires, a souvent intérêt à ne pas exiger l'exécution de toutes les prérogatives dont il dispose. Ainsi les services contentieux des banques abandonnent-ils certains de leurs droits, acceptent-ils une réduction des avantages que leur conférerait pourtant un contrat inattaquable. L'attitude inverse, rigoureuse et dure, ne porte pas toujours les fruits espérés. L'exemple des sociétés de crédit-bail, qui ont perdu le bénéfice des clauses pénales à trop avoir voulu en exiger l'exécution, est significative (2).

En règle générale donc, le créancier a tendance à ne pas exiger de la caution l'exécution complète et immédiate de ses obligations. La volumineuse juris-

(1) Pour ces raisons la prescription consentie par le créancier sera plus fréquente à l'encontre de la caution-simple particulier qu'à l'encontre de la caution professionnelle. Cette dernière désire en effet habituer le créancier à un paiement rapide et indolore. Ainsi apparaît entre ces deux types de caution une première division qu'il convient de noter, et qui s'accroîtra avec l'étude des événements inhérents à la personne des parties (infra, 2^e partie).

(2) Tout système, même le système des obligations contractuelles, repose sur une certaine part d'ineffectivité (cf. J. CARBONNIER qui parle d'ineffectivité juridique naturelle : *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, Flexible droit*, 2^e éd., 1971, p. 99 et les exemples cités note 16 à propos de l'ineffectivité voulue). — Ajoute à propos du rôle que joue le rouage humain dans l'ineffectivité de certains contrats très rigoureux : assurance, transport S.N.C.F., etc... : eod. op., p. 208 (*De la contribution que la sociologie peut apporter au droit du contrat*). — Qu'intervienne une période d'intense effectivité, d'application scrupuleuse et rigoureuse, et le conflit éclate, l'inégalité n'est plus supportable. La clause pénale, admise depuis toujours dans tous les contrats, a révélé ses dangers à l'occasion d'une application trop rigoureuse qu'en faisaient certains contractants. A son instar, le cautionnement deviendrait impossible à supporter s'il était mis à exécution selon les termes de la plupart des contrats.

prudence constituée autour des problèmes de report d'échéance en fait foi (1). A cette écume judiciaire correspond un océan de situations dénouées sans conflit, mais également sans exécution par la caution. C'est à ces hypothèses que s'applique le rôle de la prescription.

B — Le rôle de la prescription

Lorsque le créancier refuse d'exercer la plénitude de son droit, il engendre ou favorise une ineffectivité totale ou partielle de la règle de droit contractuelle. Cette ineffectivité, qualification objective de la situation, est animée au plan subjectif par une volonté, même toute négative, de laisser le temps accomplir son œuvre.

L'ineffectivité individuelle qu'entraîne l'attitude du créancier constitue l'application topique de cet aphorisme : «la prescription n'est pas tant un délai pour agir et exercer ses droits qu'un délai pour ne pas agir et les négliger» (2). Le créancier laisse à la prescription le soin de sanctionner son indécision, de clore le temps qu'il a laissé s'écouler sans mettre en branle le droit dont il est titulaire.

Cette ineffectivité plus ou moins voulue d'un droit valable s'apparente à une remise de dette déguisée. La prescription qui la réalise prend de ce fait un aspect nouveau : le temps n'est plus ici seulement un moyen servant à révéler les caractères d'une attitude, il devient également une fin, un but. «On doit interpréter le temps comme une troisième voie pour le comportement, une troisième dimension de la personnalité ; il confère à une attitude qui n'est ni OUI, ni NON, toute la signification qui paraissait autrement lui faire défaut» (3).

La prescription consentie par le créancier réalise l'objectivation de son silence (4) ; elle actualise pour lui la valeur NON, la négation de son droit (5). Son rôle salutaire, en évitant au non-vouloir de se perpétuer, est d'ôter une grande part d'efficacité aux réserves, à l'attentisme. La réserve prudente, le non-vouloir du créancier entraînent l'appropriation individuelle à son seul

(1) Cf. infra, n° 234 : l'étude de la modification d'échéance.

(2) J. CARBONNIER : *Notes sur la prescription extinctive*, Rev. trim. dr. civ. 1952, pp. 171 à 181, spécialement p. 172.

(3) B. CELICE : *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1966, L.G.D.J. (1968) (Bibl. dr. pr., t. 84, préf. J. Carbonnier), n° 139, p. 82.

(4) En cela, elle revêt un rôle probatoire qui participe au fondement unitaire de toutes les prescriptions ; sur ce fondement, cf. G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, Théorie des obligations, P.U.F., Thémis, 1975, p. 519 in fine et 520.

(5) Rapp. B. CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse précitée, n° 136, p. 81, pour qui «le défaut de volonté correspond à une non-actualisation des valeurs».

profit du temps utile (1). En limitant ce délai, la prescription limite ce phénomène : l'appropriation du temps ne se conçoit qu'à l'intérieur des délais et prescriptions légales (2). Ainsi donc la volonté mal assurée et informelle du créancier est étayée par le temps mesuré grâce à la prescription.

Ce recours à un mode détourné d'extinction demeure cependant un fait juridique. Il pénètre la marge qui sépare l'effet juridique indépendant de la volonté de ceux qui en dépendent. «La volonté de ne pas vouloir est *déjà* une volonté» (3) et sa présence au sein des processus de la prescription encourage à reconnaître une nécessaire fluidité aux critères de classification des actes et faits juridiques.

Le couperet de la prescription sanctionne l'improductivité passée de l'engagement. Son automaticité et son efficacité sont cependant amoindries par des correctifs. Parce qu'elle recouvre aussi bien la négligence involontaire que l'hésitation volontaire, parce qu'elle n'atteint que l'action en justice et non le droit fondamental, la prescription sanctionne avec mesure la stérilité de l'engagement. Même au cœur de la plus sévère des causes d'extinction, les intérêts du créancier sont ménagés.

Cette modération se retrouve avec la condamnation par la caducité des formes de stérilité future.

(1) Cf. B. CELICE : Thèse précitée, n° 146 in fine, p. 86.

(2) B. CELICE : Thèse précitée, n° 288, p. 152.

(3) F. TERRE : *Sur la sociologie juridique du contrat*, Arch. de philosophie du droit, t. 13 (sur les notions du contrat), Paris, Sirey, 1968, pp. 71 à 88, spécialement p. 81.

CHAPITRE II

LA CADUCITE, CONDAMNATION D'UNE STERILITE FUTURE

176. — **Première approche de la caducité - Plan.** Le terme de la caducité est évocateur du régime de ce facteur d'extinction ; il évoque la chute de l'élément mort qui se sépare de son support après avoir vécu avec lui une part de temps. La caducité des actes juridiques entre dans l'arsenal des techniques d'extinction (1), mais son étude, négligée par les classiques (2), fait apparaître des différences de conception. Définition et régime sont envisagés différemment suivant les auteurs (3).

La logique impose tout de même un point commun de départ : la caducité se caractérise par une cessation d'existence pour l'avenir qui frappe un engagement

(1) Les dictionnaires courants n'accordent à ce mot qu'une signification juridique dans son sens actuel : P. ROBERT : *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 1973, V^o Caducité. — *Nouveau petit Larousse*, eod. V^o : «Etat d'un acte juridique qu'un fait postérieur rend inefficace».

(2) Sur l'indifférence de la doctrine à l'égard de cette notion, cf. : Y. BUFFELAN-LANORE : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1961, Paris, L.G.D.J. (1963), (Bibl. dr. privé, t. 43, préf. P. Hébraud), p. 7. — J.M. MOUSSERON et A. SEUBE : *A propos des contrats d'assistance et fourniture*, D. 1973, chron., pp. 197 à 206, spécialement p. 205, col. de gauche, texte et note 70.

(3) Deux monographies ont été consacrées à la caducité : Y. BUFFELAN-LANORE : Thèse précitée. — O. PASCAL : *La caducité des contrats*, Mémoire. D.E.S., D.J.C.E., Montpellier, 1974.

à l'origine valable (1). Le droit commun des obligations offre une cause générale de caducité : l'impossibilité d'exécution (Section 1). Le droit spécial du cautionnement présente, en raison du caractère accessoire de cet engagement, une cause spécifique de caducité : la disparition rétroactive de l'obligation principale (Section 2).

SECTION I

CADUCITE PAR IMPOSSIBILITE D'EXECUTION

177. — Les deux sortes d'impossibilité d'exécution. «A l'impossible nul n'est tenu» : cette maxime de bon sens régit l'activité humaine ; elle s'applique donc à l'activité juridique. L'engagement qui sort du domaine des possibilités humaines sort en même temps du domaine du droit (2). Encore faut-il que l'impossibilité soit fortuite et objectivement insurmontable. Lorsque ces conditions sont remplies, l'obligation qui, après sa naissance, ne peut être exécutée, s'éteint. Le Code civil, dans l'article 1234, avait d'ailleurs prévu une telle hypothèse en spécifiant que la perte de la chose entraîne l'extinction des obligations. Cette vue partielle supporte la généralisation qui place l'impossibilité d'exécution au rang d'évènement extinctif des obligations (3).

Les contours de l'impossibilité d'exécution demeurent cependant imprécis. Un élément reste certain : l'obstacle que rencontre le débiteur dans l'exécution de son obligation. Cet obstacle peut être d'ordre juridique ; il entravera le lien de droit unissant le débiteur au créancier, c'est-à-dire l'obligation en elle-même. Au contraire, lorsque l'obstacle est d'ordre technique, lorsque l'impossibilité d'exécution est matérielle, c'est la prestation qui est concernée. Ainsi donc à l'impossibilité juridique d'exécution, concernant l'obligation (§ 1), s'oppose l'impossibilité matérielle concernant la prestation (§ 2).

(1) Toutes les définitions font état de la survenance d'un évènement qui, après la formation de l'acte juridique, lui ôte toute possibilité de produire ses effets : H. CAPITANT : *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., V^o Caducité. — Y. BUFFELAN-LANORE, Thèse précitée, p. 161. — R. VERDOT et P. HEBRAUD : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, V^o Acte, (2^e ed^o 1970), n^o 128. — R. GUILLIEN, J. VINCENT et leurs collaborateurs, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1971, V^o Caducité.

(2) Cf. J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed^o, 1975, n^o 2, p. 11, qui parle d'exclusion de l'obligation.

(3) Cf. notamment : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1314 et suiv., pp. 725 et suiv. — J. CARBONNIER : op. et loc. cit.

Paragraphe 1

IMPOSSIBILITE D'EXECUTION CONCERNANT L'OBLIGATION : IMPOSSIBILITE JURIDIQUE

178. — **Plan.** L'obstacle juridique qui interdit toute tentative d'exécution valable de l'obligation revêt différentes formes. Les hypothèses pratiques qu'offre en cette matière le cautionnement sont multiples. L'étude du domaine de l'impossibilité juridique d'exécution revêt donc quelque intérêt (A). Elle doit se compléter d'une approche rapide du régime de cette impossibilité (B).

A — Domaine

Deux situations, nettement distinguées, sont susceptibles d'entraîner l'impossibilité juridique d'exécution. La première consiste en l'absence d'un élément extrinsèque seul susceptible de conférer à l'obligation valable son efficacité (a). La seconde situation concerne l'hypothèse d'un engagement parfaitement valable et efficace qui perd, par suite de circonstances extérieures à la volonté du débiteur, un élément intrinsèque de validité (b).

a) Impossibilité juridique d'exécution par absence d'un élément extrinsèque

179. — **Hypothèses.** Certains engagements nécessitent pour leur pleine efficacité l'adjonction d'un élément supplémentaire. Ce sera par exemple l'homologation conférée par l'autorité compétente à l'acte créateur d'obligations. Ce sera aussi la survenance de l'élément principal pour le service duquel l'engagement accessoire a été conclu. Aussi le cautionnement d'un compte-courant ne deviendra susceptible d'exécution que lorsque ce compte fera apparaître un solde débiteur. Il ne faut pas assimiler cette hypothèse à la survenance d'une condition suspensive ou résolutoire (1). La condition n'est qu'une modalité de l'engagement, alors que les hypothèses envisagées présentent l'adjonction d'un élément fondamental de l'engagement. Certes il s'agit d'élément extrinsèque, c'est-à-dire extérieur à la validité de l'obligation, mais il est essentiel à son application.

Dans ces hypothèses d'absence d'un élément extrinsèque, l'engagement de la caution n'aura jamais été susceptible d'exécution. Il n'y en a pas moins

(1) Cf. *infra* n° 182, pour le développement de l'argumentation.

caducité, car l'impossibilité d'exécution frappe un engagement valable. Lorsque la caution s'engage à garantir le respect des propositions concordataires votées par la masse, lorsqu'elle garantit le règlement du solde débiteur d'un compte-courant, l'engagement est formé et parvient à la vie juridique. Seule son exécution est subordonnée à l'adjonction d'un élément supplémentaire : homologation pour le premier (1), obligation principale pour le second (2). Le défaut de cet élément extrinsèque entraîne la caducité du cautionnement.

b) Impossibilité juridique d'exécution par disparition d'un élément intrinsèque

180. — Situations possibles. Différentes situations sont possibles dans lesquelles l'engagement, à l'origine valable, va devenir caduc en raison de la disparition du droit objet de l'obligation. La perte de cet élément intrinsèque de l'engagement entraîne l'impossibilité de l'exécuter.

POTHIER cite déjà l'exemple d'une chose expropriée pour cause d'utilité publique (3). Dans ce cas en effet la vente est impossible, les parties sont libérées, leurs cautions également.

La perte du monopole d'exploitation conféré par un brevet d'invention entraîne également la caducité des contrats reposant sur ce droit (4). C'est ainsi que le licencié, et a fortiori sa caution, sont dégagés de leurs obligations.

Une troisième hypothèse d'impossibilité juridique d'exécution due à la disparition du droit objet de l'obligation est réalisée par la survenance d'une interdiction d'ordre public. Ainsi quand des lois nouvelles viennent interdire en cours de contrat des pratiques qui portent atteinte à la libre concurrence ou au droit du travail, les obligations des parties deviennent caduques (5). Cette survenance d'une interdiction ne peut résulter que d'une disposition d'ordre public ; en effet les bonnes mœurs sont d'une évolution trop lente pour modifier la qualifi-

(1) Cf. pour une analyse de l'homologation : G. ROUJOU de BOUBÉE (*Essai sur l'acte juridique collectif*, Thèse, Toulouse, 1959, Paris, L.G.D.J. 1961 (Bibl. dr. privé, t. 27, préf. G. MARTY), pp. 160 et suiv.) qui y voit un simple agrément, susceptible d'être comparé à l'autorisation que l'autorité administrative de tutelle accorde après vérification des actes de l'autorité contrôlée (cf. spécialement pp. 162 in fine, et p. 163).

(2) De cette situation peut être rapproché le contrat de mariage. Valable intrinsèquement, ce contrat ne devient efficace que si le mariage en vue duquel il a été conclu se réalise. Dans l'hypothèse contraire, il devient caduc (Contra, O. PASCAL, *Mémoire précité*, qui y voit une application de la condition suspensive).

(3) R.J. POTHIER, *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, n° 650.

(4) Cette solution demeure la même que l'on fasse du droit du breveté un droit réel, (J.M. MOUSSERON : *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, Thèse, Montpellier, 1958, Paris (L.G.D.J. 1961) (Bibl. dr. privé, t. 23, préf. H. Cabrillac), n° 256, p. 279) ou un droit intellectuel.

(5) Cf. par exemple la loi du 11 juillet 1972 qui interdit toute convention relative au travail clandestin et étend largement la répression née de la loi du 11 octobre 1940.

cation d'une action pendant la durée d'exécution d'un contrat. La notion de bonnes mœurs est en effet, en substance, coutumière (1). Même si elle est essentiellement évolutive et si elle varie avec le temps, son expression par le juge ne peut se produire qu'avec la lenteur génératrice de sérénité que nécessite pareil phénomène social.

La disparition du droit objet de l'obligation réalise donc, en supprimant un élément intrinsèque de l'engagement, l'impossibilité de son exécution. L'objet de la prestation continue d'exister physiquement ; l'action promise demeure techniquement réalisable. L'obstacle n'est donc pas d'ordre technique. Il ne vise pas la matière de la prestation mais la licéité de l'obligation. Puisque seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de conventions (article 1128 du Code civil), l'obligation dont la chose promise est retirée du commerce a un objet illicite ; elle s'éteint après avoir produit ses effets jusqu'à la mise hors du commerce de son objet.

Cette impossibilité juridique d'exécution se traduit juridiquement par la caducité. Le régime de cette notion mérite quelque attention.

B — Régime

181. — Caducité et nullité. La caducité est une notion mal délimitée. Habituellement cantonnée au legs et au contrat de mariage, elle apparaît nouvelle et floue dans ses autres utilisations. C'est par rapprochement, comparaison, puis élimination des notions voisines que l'on peut délimiter son régime (2).

Caducité et nullité sanctionnent toutes deux l'absence d'un élément du contrat. Elles se différencient par la période de l'acte dont elles assurent la police. La caducité concerne la phase d'exécution de l'acte : l'engagement demeure valable tant qu'un événement extérieur ne rend pas son exécution impossible. La nullité concerne la phase de formation de l'acte : elle sanctionne la présence d'un vice contemporain de la naissance de l'engagement. La nullité concerne la validité de l'obligation, la caducité son efficience.

Chacune de ces deux sanctions peut s'appliquer à l'impossibilité d'exécution. Trois phases se dégagent... Si l'événement rendant l'exécution impossible apparaît avant que l'obligation n'ait accédé à la vie juridique, par exemple pendant les pourparlers contractuels, il n'y aura pas extinction, mais non-avènement de l'obligation. Si l'impossibilité, bien qu'existant avant la naissance de l'obligation,

(1) G. CORNU : *Cours de droit civil*, Licence 1^e année, 1971-1972, Paris, Les cours de droit, p. 331.

(2) C'est ainsi que procèdent les auteurs abordant la caducité. Voir par exemple : Y. BUFFELAN-LANORE, Thèse précitée ; — G. MARTY et P. RAYNAUD, t. 1., 1^e vol., 2^e ed^o, n^o 162 in fine, p. 292 ; — A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse, Montpellier, 1970, n^o 567 à 569, pp. 491 à 495.

n'est apparue qu'après, l'obligation est entachée d'un vice. Son objet était, dès l'origine, impossible : elle est nulle (1). Si enfin l'impossibilité ne prend corps qu'après la formation de l'acte, pendant le cours de son exécution, l'obligation sera caduque. Caducité et nullité restent donc voisines mais ne s'interpénètrent pas.

182. — Caducité et condition suspensive. Un second rapprochement doit être tenté ; il s'agit de confronter la caducité et le mécanisme de la condition. Il est en effet tentant de voir, dans la non célébration de l'union que devait régir un contrat de mariage, la défaillance d'une condition suspensive sous-entendue. Il serait pareillement séduisant de ramener la non-apparition d'un solde débiteur dans le compte-courant cautionné ou la non-homologation du concordat garanti à la simple défaillance d'une condition suspensive. Cette démarche simplificatrice n'en serait pas pour autant justifiée. Si des similitudes se font jour entre l'impossibilité d'exécution juridique et la condition suspensive, elles ne permettent pas une assimilation qui se heurte à deux obstacles déterminants.

Le premier est la date de prise d'effet de l'évènement. Si l'homologation, la création de la dette, le mariage, étaient des conditions, leur réalisation entraînerait une validation rétroactive de l'engagement au jour de sa conclusion (2). Certes la règle d'effet rétroactif de la condition posée par l'article 1179 C. civ. est considérée comme supplétive, mais il n'est pas d'exemple d'un contrat de cautionnement ou de mariage l'écartant. C'est tout simplement parce que les parties n'ont pas en pensée le mécanisme de la condition, mais plus logiquement celui de l'adjonction de l'élément principal.

Le second obstacle à l'assimilation de la condition suspensive et de l'impossibilité d'exécution tient en effet à la nature de l'élément nécessaire à l'efficacité de l'engagement. Le mariage régit par le contrat passé antérieurement, le solde débiteur du compte garanti par le cautionnement ne peuvent être qualifiés de modalité de l'engagement des parties. Tout au contraire ils constituent la raison même de cet engagement, l'élément principal au service duquel l'engagement accessoire doit être asservi (3). Sans cet élément principal, le contrat de mariage ou le cautionnement, qui existent valablement, ne peuvent dégager leurs effets. Ils sont, mais ils n'ont pas encore de raison d'être. A supposer la défaillance de

(1) Cf. cependant G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2., 1957, n° 1966, p. 699 qui remarquent : « Cette extinction est souvent appelée nullité. L'expression est juridiquement inexacte », mais qui ne proposent pas de qualification de remplacement.

(2) M. PLANIOL, G. RIPERT et G. GABOLDE : t. 7, 2^e ed°, n° 1037, p. 386.

(3) Pour une approche similaire, cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et M. NAST, t. 8, *Régimes matrimoniaux*, 1^e ed°, 1925, n° 103, p. 124, sur les effets du contrat de mariage et la date de leur réalisation.

l'élément principal, ils deviennent caducs (1).

183. — Effets de la caducité. La caducité ayant ainsi acquis son autonomie, elle peut affirmer la spécificité de ses effets. L'impossibilité juridique d'exécuter l'engagement entraîne la disparition immédiate de cet engagement. Les débiteurs en sont donc libérés pour l'avenir.

Peu importe que la caducité frappe le seul cautionnement ou qu'elle anéantisse à la fois l'engagement principal et son cautionnement accessoire. Dans la première hypothèse, illustrée par l'impossibilité d'exécution due à la disparition du droit objet de l'obligation, comme dans la seconde, réalisée par la non survenance de la dette principale, la caducité de l'obligation libère la caution. L'obstacle juridique a raison du lien de droit. Peut-il en être de même de l'obstacle matériel ?

Paragraphe 2

IMPOSSIBILITE D'EXECUTION CONCERNANT LA PRESTATION : IMPOSSIBILITE MATERIELLE

184. — Raisons de l'impossibilité matérielle d'exécution. L'impossibilité matérielle d'exécution peut être définie comme un obstacle technique né de la disparition d'un des éléments caractéristiques de la prestation. Ces éléments ont été définis par l'acte créateur de l'obligation dont la prestation constitue l'objet. Si l'un d'eux fait défaut, la prestation devient irréalisable. Il est impossible de l'exécuter (2). Faute de prestation susceptible d'exécution, l'obligation s'éteint. Le domaine (A) et le régime (B) de cette extinction par caducité méritent attention.

(1) La caducité ne peut donc être ramenée à une simple hypothèse de condition suspensive. Cependant les deux notions ont des points de convergence. Ainsi en cas de défaillance d'une vraie condition suspensive, il faut qualifier de caduque l'obligation qui disparaît. Supposée une vente sous condition suspensive d'obtention d'une autorisation d'exploitation par l'acquéreur : la défaillance de la condition née de l'impossibilité d'obtenir cette licence entraîne la caducité de la vente : en ce sens, à propos d'une espèce proche, : Y : LOUSSOUARN, obs. sur Civ.3, 4 mars 1975, Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 706 et suiv. n° 9, spécialement p. 707.

(2) Pour une hypothèse d'impossibilité d'exécution invoquée par la caution mais rejetée par le juge, cf. Trib. com. Lyon 23 novembre 1965, Journ. agrées 1966, pp. 32 à 38, brèves obs. M.C. SEFFERT. La cause juridique d'extinction invoquée était la force majeure, et son refus repose sur l'absence des conditions requises : sur le rapprochement de la force majeure et de l'impossibilité d'exécution, cf. infra n° 26 et 27.

A — Domaine

Les éléments caractéristiques de la prestation qui peuvent être amenés à disparaître sont d'une part la personne du débiteur au cas d'obligation conclue intuitu personae (a), et d'autre part la chose due (b).

a) Disparition de la personne du débiteur

Le décès du débiteur rend impossible l'exécution de la prestation lorsque sa personne même était l'objet d'une considération spéciale lors du contrat. La notion de décès est propre aux personnes physiques. Celle de disparition est plus large et peut s'étendre aux personnes morales. Toute considération entrée dans le champ contractuel et concernant la personne de l'exécutant rend plus fragile l'obligation. La disparition du débiteur entraîne aussitôt l'impossibilité technique d'exécution. La situation est simple, sa solution aussi.

La complexité apparaît lorsque la personne physique visée n'a de relation juridique avec le créancier qu'à travers une personne morale débitrice de l'obligation. Le cas peut être envisagé d'un client désireux de voir effectuer le travail commandé par tel salarié, nommément désigné, de l'entreprise exécutante. Une autre situation, bien plus fréquente, est née avec l'avènement des sociétés civiles professionnelles (1). Dans ces sociétés la considération de la personne des associés est souvent primordiale. Elles regroupent des membres de professions libérales dont les qualités particulières constituent l'attrait principal vis-à-vis de la clientèle. Même si le contrat est conclu avec la société, la considération de l'avocat, du médecin, du notaire, de l'architecte qui traitera le dossier est souvent fondamentale. La disparition de cet individu du nombre des associés éteint-elle l'obligation de la société et permet-elle au client de reprendre son dossier ? Pour répondre à cette question il faut distinguer l'obligation, rapport juridique, de la prestation, concept technique. L'obligation lie assurément le client à la société. Il n'y a de rapport juridique qu'entre eux. La prestation est due par la société, mais elle doit être exécutée par une personne physique. Si la considération de cette personne physique est entrée dans le champ contractuel, elle devient un élément caractéristique de la prestation, au même titre que la couleur ou le volume d'une chose due. Si donc l'élément caractéristique vient à défaillir, l'exécution de la prestation devient techniquement impossible. Par contrecoup l'obligation doit s'éteindre.

(1) A. LAMBOLEY : *Un nouveau statut de la profession libérale : la société civile professionnelle*, Thèse, Montpellier, 1973, Librairies Techniques (1974), (Bibl. de droit de l'entreprise, t. 3, préf. J. SAVATIER).

b) Disparition de la chose due

185. — **Causes.** Lorsque la prestation consiste à donner ou livrer une chose et que celle-ci vient à disparaître, l'impossibilité d'exécution est manifeste. L'article 1302 C. civ. dispose qu'en ce cas « l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure ». Sans s'attarder sur les conditions de mise en œuvre que nous retrouverons avec l'étude du régime de l'extinction, il faut retenir la solution imposée par le législateur. La disparition ou l'impossibilité de trouver l'objet de la prestation entraînent l'extinction de l'obligation (1).

Cette cause d'extinction, mentionnée parmi les événements extinctifs énumérés par l'article 1234 C. civ., concerne tous les types de prestation. Certes l'article 1302 C. civ. ne vise que la perte d'une chose de corps certain ; mais l'unanimité se fait en doctrine pour y voir l'application d'un principe plus général, non formulé par le législateur, mais infrangible (2). L'impossibilité matérielle d'exécution de la prestation, quelle qu'elle soit, entraîne l'extinction de l'obligation, à condition que l'impossibilité satisfasse certains critères (extériorité et objectivité).

L'appréciation de la concordance de l'impossibilité invoquée avec les critères retenus est une tâche appartenant au juge. Sa difficulté varie avec chaque espèce. Les éléments d'appréciation peuvent cependant être regroupés pour toutes les situations d'un même type. Parmi l'infinité des prestations possibles, un regroupement permet d'étudier les éléments permanents d'appréciation de l'impossibilité technique.

Lorsque la prestation consiste en une action, l'impossibilité d'exécution est relative à cette action et l'appréciation de cette impossibilité est une pure question de fait (3).

Lorsque le débiteur doit délivrer une chose de corps certain, l'impossibilité est au contraire aisément déterminable de façon objective : l'article 1302 C. civ.

(1) En effet, à la disparition de la chose due, il faut assimiler l'impossibilité de la faire apparaître. La caducité a ainsi été proposée comme sanction de l'impossibilité d'exécution du contrat cadre de fourniture (J. HEMARD, obs. à la Rev. trim. dr. com. 1966, p. 104, n° 6 (intitulé et texte) sous Paris 26 janvier 1966 ; P. DIDIER : *A propos du contrat de concession : la station-service*, D. 1966, Chron., pp. 55 et suiv., spécialement p. 59 ; A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse Montpellier, 1970, Dactyl. n° 566 à 572, pp. 490 à 495). La nullité ou l'impossibilité grave et persistante de conclure les contrats d'application entraîne l'impossibilité de mettre l'accord-cadre à exécution. Il ne disparaît que pour l'avenir et est caduc.

(2) F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, t. 18, 4^e ed°, Paris, 1887, n° 509, p. 520. — C. AUBRY et C. RAU, t. 4, 6^e ed°, par E. BARTIN, 1942, § 331, note 3, p. 364. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT, t. 7, 2^e ed°, n° 1315, p. 726. — A. WEILL : *Les obligations*, 1971, n° 1065, pp. 979 et 980. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1., 5^e ed°, n° 1082, p. 1017.

(3) Cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : op. cit., n° 1315, 3^o, p. 727 et le renvoi au n° 839.

énumère les trois hypothèses plausibles : il y a perte de la chose «lorsque le corps certain... vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence...».

Lorsque la chose due est une chose de genre, l'impossibilité est réalisable, mais rare. En principe il demeure toujours possible de trouver une autre chose de genre. Mais il se peut que la totalité du genre disparaisse (1) ; en ce cas le débiteur est libéré par l'impossibilité technique d'exécution. Ceci se produira soit dans des circonstances exceptionnelles, soit dans le cas où le genre a été très restrictivement déterminé par les parties (2). Parmi les prestations de choses de genre, la prestation de sommes d'argent mérite de retenir l'attention, car la disparition de toute monnaie paraît irréalisable. Cette constatation a conduit certains auteurs à affirmer que l'impossibilité «est incōncevable s'il s'agit d'une obligation de somme d'argent» (3). Pourtant, à la réflexion, deux situations peuvent déboucher sur l'impossibilité technique de payer une somme d'argent. Il s'agit d'une part de la disparition de l'élément de référence permettant de calculer le prix dans un contrat à exécution successive et d'autre part de la disparition du patrimoine du débiteur.

186. — Impossibilité de calculer le prix. Dans des contrats dont l'exécution est échelonnée dans le temps, comme le contrat de fourniture, ou de bail, les parties prévoient fréquemment que le prix des fournitures ou du bail sera fonction des variations d'un élément de référence nominale déterminé (4). Or il arrive que l'élément de référence choisi vienne à défaillir. Ainsi en est-il lorsque le prix doit être déterminé par rapport à une taxation administrative qui est ensuite modifiée ou supprimée (5). De même la décision d'interdire la référence d'un indice quelconque ou de cesser de le publier rend indéterminable le prix indexé (6). Est aussi envisageable l'impossibilité d'exécution née de la cessation d'activité d'une partie du contrat, lorsque les résultats financiers de cette activité déterminent le montant du prix (le prix du bail commercial ou du contrat de licence de brevet est souvent un pourcentage du chiffre d'affaire du commerçant ou du licencié) (7).

(1) Cf. G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2., 1957, n° 1963, p. 698.

(2) Cf. les exemples donnés par F. LAURENT : op. cit., n° 515, p. 524.

(3) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUAN : op. cit., n° 839, p. 168.

(4) Cf. pour le contrat de fourniture : A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse, Montpellier, 1970, n° 410, pp. 349 et 350. — J.M. MOUSSERON et A. SEUBE : *A propos des contrats d'assistance et de fourniture*, D. 1973, Chron., pp. 197 à 206, spécialement p. 202.

(5) Cf. en matière de fourniture de produits pétroliers, récemment : Com. 27 avril 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 106 et n° 107, p. 98 ; D. 1972, p. 353, note J. GHESTIN : J.C.P. 1972, II, 16975, note J. BORE ; Gaz. Pal. 1971, 2, 706. — Cf. en matière de fourniture de boissons : Com. 12 février 1974, D. 1974, p. 414, note J. GHESTIN.

(6) Cf. en matière de bail : Civ. 5 février 1971, Bull. Civ. 1971, III, n° 84, qui considère l'indice choisi comme déterminant et refuse la substitution d'indice.

(7) Sur tous ces points, cf. O. PASCAL : *La caducité des contrats*, Mémoire D.E.S., D.J.C.E. Montpellier, 1974, pp. 18 à 22.

Dans ces trois hypothèses la prestation de somme d'argent devient impossible faute de pouvoir en déterminer le montant. La jurisprudence, approuvée par la doctrine, considère l'obligation devenue inexécutable comme éteinte à compter du jour où est apparue l'impossibilité. L'obligation de la caution suit le même sort que celle du débiteur principal ; elle est donc éteinte par la disparition ou l'interdiction de l'élément de référence retenu. Totalement différente est la seconde hypothèse d'impossibilité technique de payer une somme d'argent.

187. — Perte du contenu du patrimoine. Les débiteurs dont les biens sis en Algérie furent nationalisés lors de l'accession de ce pays à l'indépendance durent faire face à de nombreux procès lancés par les créanciers de sommes d'argent. Comme les mesures décidées par le Gouvernement algérien avaient fait perdre aux débiteurs, surtout aux personnes morales, la totalité de leur actif, les créanciers (le plus souvent des banques) poursuivaient par préférence les cautions solidaires dont ils avaient pris la précaution de demander la garantie. Celles-ci se défendaient avec âpreté et invoquaient principalement deux arguments.

D'abord elles soutenaient que le passif des entreprises annexées avait suivi l'actif et se trouvait donc transféré à l'Etat algérien. Se fondant sur le jeu de l'ordre public au sens du droit international privé, la Cour de cassation rejeta avec constance cette défense (1). Les critiques de la doctrine arguant des notions de nationalisation (2) ou de confiscation (3) n'y firent rien. Pour la Cour suprême et de nombreuses Cours d'appel, il ne s'agit ni de nationalisation, ni de confiscation, mais de mesures indéterminées dont le principal caractère est d'être contraires à l'ordre public français ; partant, elles ne peuvent recevoir d'effet en France et donc ne peuvent éteindre l'obligation principale.

Le deuxième argument invoqué repose sur une démarche différente. Puisqu'à vouloir qualifier la décision du gouvernement algérien on heurte la conception de l'ordre public international retenue par la Cour de cassation, il est préférable de prendre en considération non pas la mesure elle-même mais ses conséquences. On laisse l'acte juridique pour ne retenir que le fait : la perte par le débiteur de la totalité de l'actif de son patrimoine.

(1) Le syllogisme du raisonnement de la haute juridiction présente une rigueur caricaturale : L'ordre public français exclut l'expropriation sans indemnisation ; les décrets algériens réalisent une telle dépossession ; donc des décrets algériens ne peuvent pas être pris en considération en France. — Bien qu'il n'emporte pas l'adhésion, une jurisprudence très fournie de la première chambre civile s'est formée ; cf. notamment les arrêts rendus le 23 avril 1969, D. 1969, p. 341, concl. BLONDEAU, et ceux des 6 octobre 1969, Bull. civ. 1969, I, n° 289, p. 229 ; 17 novembre 1969, Bull. civ. 1969, I, n° 342, p. 272 et n° 343, p. 273 ; 16 février 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 56, p. 15 et 57, p. 16.

(2) P. CHARDENON : *Dettes des rapatriés et nationalisations algériennes*, Recueil CLUNET, 1967, pp. 290 et suiv. — Y. LOUSSOUARN : *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes*, J.C.P. 1968, I, 2140 (12 p.).

(3) Y. LOUSSOUARN : *Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des entreprises françaises*, D. 1969, Chron., pp. 241 à 246.

Débiteur d'une somme d'argent il a perdu les éléments d'actif susceptibles de permettre l'exécution. Cette situation est nettement plus sensible pour les personnes morales dont l'actif était en totalité composé par l'entreprise déclarée vacante et annexée. Un tel débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation par perte de tout son avoir. La chose ayant péri par cause fortuite, l'obligation principale s'éteint et libère aussi la caution (1). La perte fortuite de tout le patrimoine entraîne bien l'impossibilité matérielle d'exécuter la prestation (2). Cette solution a été retenue, parmi d'autres motifs, par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon fort longuement et minutieusement motivé (3), et pour une décision de la Cour d'appel d'Aix (4) contre laquelle un pourvoi avait été formé qui fut rejeté (5).

A s'en tenir à ces constatations purement techniques, la solution paraît soutenable. Elle heurte cependant le principe de l'unité et de l'universalité du patrimoine cher au droit français. Les biens annexés par le gouvernement algérien ne constituent que le contenu du patrimoine et non le patrimoine lui-même. Même si la dette contractée était en relation avec les biens annexés, le créancier conserve toujours la possibilité d'en poursuivre le remboursement sur les autres biens présents du débiteur et sur tous ses biens à venir, en vertu de l'article 2092 C. civ. (6). La perte du contenu du patrimoine n'est que momentanée. Quand bien même elle serait définitive, il n'y a pas perte du patrimoine tant que la personnalité juridique survit. Seule la disparition réelle du patrimoine, et non de son seul contenu, constituerait l'impossibilité matérielle d'exécuter une obligation de somme d'argent. Or les décrets algériens n'ont pu avoir une telle conséquence. L'extinction ne peut donc pas découler

(1) Cette argumentation est différente de celle reposant sur la rupture du lien contractuel par la force majeure. Une telle cause d'extinction a été à juste titre repoussée par les Cours d'appel en raison de sa prévisibilité. Cf. pour l'analyse de cet argument et de la jurisprudence : Y. LOUSSOUARN : *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algérienne*, chron. précitée, J.C.P. 1968, I, 2140, n° 4, texte et note 3.

(2) Les cautions l'invoquaient aussi bien pour obtenir l'extinction de l'obligation principale que pour obtenir l'extinction du cautionnement lorsqu'elles étaient elles-mêmes d'origine algérienne.

(3) Lyon 5 avril 1967, Rev. jurisp. com. (Journal des agrées), 1967, pp. 632 à 640.

(4) Aix 7 janvier 1976, inédit.

(5) Civ.1, 14 février 1978, Bull. civ. 1978, I, n° 55, p. 48 ; J.C.P. 1978, IV, p. 125, qui reprenant les termes de l'arrêt d'appel, constate que la société débitrice « avait été victime d'un transfert à l'Etat algérien de la propriété de son patrimoine ».

(6) Mr le doyen Y. LOUSSOUARN a contesté le recours à ce texte et au principe de l'unité du patrimoine. Cf. : *Le sort du passif des entreprises...* chron. précitée, J.C.P. 1968, I, 2140, n° 44 à 52. Il fait cependant reposer son argumentation sur le postulat du transfert de la dette à l'Etat algérien (n° 47). Or c'est justement cette base que la Cour de cassation refuse de reconnaître.

de la perte des éléments d'actif d'un patrimoine, quelle que soit leur importance (1) (2).

L'impossibilité matérielle se réduit donc à l'impossibilité définitive d'exécuter la prestation promise par disparition de la personne ou des éléments déterminants de la chose due. La nature de l'impossibilité matérielle étant ainsi déterminée, il convient de fixer le régime de ses effets.

B — Régime

188. — **Méthodes de détermination.** Tout comme l'impossibilité juridique, l'impossibilité matérielle d'exécution est sanctionnée par la caducité de l'obligation. Cette notion dont l'utilisation est nouvelle doit être distinguée des notions voisines ; en cela la détermination du régime de la caducité se fera par élimination (a). Une telle démarche étant cependant insuffisante, une comparaison entre la caducité pour impossibilité d'exécution et la force majeure s'avèrera plus féconde (b).

a) Régimes écartés

189. — **Élimination de l'impossibilité fautive.** Invoquer sa faute pour se prétendre dégagé de son obligation ne saurait être tenu pour un raisonnement efficace. L'impossibilité fautive d'exécution ne peut déclencher la caducité des engagements inexécutés. Cependant, comme la faute peut être à l'origine d'une impossibilité matérielle d'exécution (perte, détérioration ou destruction de la chose due, etc...), il est nécessaire de distinguer l'impossibilité fautive de l'impossibilité fortuite.

Le débiteur principal qui a, par sa faute, rendu impossible l'exécution de son obligation, s'expose de la part du créancier à une demande d'indemnisation, accompagnée ou non d'une résolution du contrat. Cette réparation constitue une exécution par équivalent de l'obligation principale. L'obligation principale

(1) Certaines cautions ont usé d'autres arguments tout aussi inefficaces : — Force majeure : débouté par Trib. com. Lyon 23 novembre 1965, Rev. jurisp. com. (jour. agréés), 1966, pp. 32 à 38, note M.C. SEFFERT. — Libération en raison des moratoires accordés aux rapatriés débiteurs d'engagements contractés en Algérie (Decr. n° 63-88 du 18 mars 1963) : débouté par : Trib. com. Lyon précité ; Aix 8 juin 1965, Gaz. Pal. 1966, 1, 24.

(2) Prenant enfin la mesure de l'impossibilité technique de libérer les débiteurs rapatriés par des moyens de droit commun, la loi du 2 janvier 1978 (n° 78-1), qui organise une véritable indemnisation des Français rapatriés, dispose dans son art. 5 (modifiant l'art. 49 al. 1, Loi 15 juillet 1970) que les débiteurs dépossédés sans indemnisation ne pourront pas être poursuivis, de même que leurs cautions.

survit donc à l'impossibilité fautive. Le cautionnement, qui garantit l'exécution en nature comme l'exécution par équivalent, survit aussi (1). L'impossibilité fautive d'exécution n'est donc pas un événement extinctif de l'obligation principale ni de son cautionnement.

La caution peut, elle aussi, par sa faute, rendre impossible l'exécution de l'obligation principale. Une telle hypothèse est rendue plausible par le caractère particulièrement serré des liens qui unissent souvent la caution au débiteur. Lorsque la caution est un parent du débiteur personne physique ou un dirigeant du débiteur personne morale, sa faute sera endossée par le débiteur dans ses rapports avec le créancier. Il n'en demeure pas moins des hypothèses où la caution rendra impossible l'exécution de l'obligation principale par une faute dont elle assumera seule la responsabilité. L'absence de jurisprudence sur la question conduit à imaginer l'exemple de la caution qui détériore la chose que doit livrer le débiteur.

La faute de la caution constitue pour le débiteur principal un événement étranger qui est extinctif de son obligation. L'obligation principale étant éteinte, la règle de l'accessoire répercute obligatoirement cette extinction sur l'engagement de la caution. La caution est donc libérée par sa faute. Il serait inique que cette libération permette à la caution de se dégager totalement. C'est pourquoi la doctrine a toujours donné en pareille hypothèse un recours au créancier (2). Le fondement de ce recours ne peut résider que dans la faute de la caution (action de dolo du droit romain ; action en responsabilité délictuelle du fait personnel (articles 1382 et 1384 C. civ.) en droit français). Cette substitution de fondement va entraîner des modifications dans l'engagement de la caution. Son montant variera nécessairement, et les garanties qu'elle avait pu accorder (certificateur de caution, hypothèques, etc...) disparaîtront (3).

190. — Insolvabilité de la caution. Il n'est point besoin de préciser que la faute de la caution qui rendrait impossible l'exécution de sa propre obligation ne saurait la libérer. Une telle impossibilité d'exécution n'est cependant pas sans conséquence lorsqu'elle se concrétise par une insolvabilité de la caution.

L'insolvabilité de la caution a été prise en considération par la loi lorsqu'il existe plusieurs cautions pour la même dette. La question consiste à savoir qui du créancier ou des cofidélus supportera l'insolvabilité. La clé de la solution réside dans les règles de la division des poursuites.

(1) Cf. A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, t. 8, Paris, Plon, 1884, n° 269 bis, III, pp. 298 et 299. — G. BAUDRY-LACANTINIERE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, Paris, Sirey, 1907, n° 1163, p. 607. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1316, p. 728. — M. FOURNIER : *Le cautionnement solidaire*, Rev. crit. législ. et jurispr. 1887, n° 34, p. 47.

(2) Cf. A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : op. cit., n° 269 bis, IV, p. 299.

(3) Cf. A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *ibidem*.

Le principe général est que chaque caution est tenue de l'intégralité de la dette (1). Ainsi donc la caution ayant payé au créancier la totalité de l'obligation principale supportera, au gré de ses actions récursoires, les insolvabilités qui apparaîtront et les répartira à proportion entre ses cofidéjusseurs solvables (2). A ce principe sont apportées deux atténuations par le Code civil. Raisonnant sur l'hypothèse d'une caution qui dispose du bénéfice de division, le législateur de 1804 a formulé deux règles qui puisent dans la meilleure logique leur inspiration.

D'une part l'article 2027 C. civ. dispose que le créancier qui ne réclame à chacune de ses cautions ou qui n'accepte d'elle que sa part virile supportera toutes les insolvabilités. La loi lui interdit, par une décision imprégnée de sagesse, de revenir ultérieurement réclamer un supplément à une caution qui a légitimement pu s'estimer libérée par le paiement ainsi effectué. L'idée générale de la protection des situations établies à l'encontre de celui qui n'exerce pas les droits que la loi lui attribue explique la solution (3).

D'autre part l'article 2026 C. civ., dans son alinéa second, régit l'hypothèse «normale», celle dans laquelle les parties ont usé de leurs droits. Au cofidéjusseur la charge de toutes les insolvabilités survenues avant le prononcé de la division des poursuites qu'il a pu demander. C'est là une application logique du principe de l'article 2025 et du rôle de sûreté du cautionnement. Au créancier négligent la charge des insolvabilités survenant après cette division, et qui ne peuvent s'expliquer que par sa lenteur et son impéritie (4).

La caution solidaire ayant, par nature, renoncé au bénéfice de division, ces règles ne peuvent jouer. La caution solidaire supporte donc l'insolvabilité de ses cofidéjusseurs, quel que soit le moment où apparaît l'insolvabilité, et quand bien même le créancier l'aurait déchargée de la solidarité. Un argument a fortiori réside dans les articles 1215 et 1211 C. civ., prévus pour les codébiteurs solidaires, mais que la jurisprudence étend avec raison aux cautions solidaires (5). La solidarité domine ici le cautionnement.

(1) Code civil, article 2025.

(2) En ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n^o 1131, p. 595, et les références doctrinales citées note 3 (DURANTON, PONSOT, TROPLONG, PONT et GUILLIARD).

(3) Rapprocher de cette idée la conception de Mr A.J. ARNAUD qui analyse le Code civil comme une «règle du jeu», A.J. ARNAUD : *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, L.G.D.J., 1973.

(4) C'est pourquoi il faut placer le clivage au jour de prononcé de la division, et non à celui de la demande de division des poursuites : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n^o 1056, p. 560 et les références citées note 4. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, n^o 118, p. 121. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1536, p. 987. — C. AUBRY et C. RAU et A. PONSARD : t. 6, 7^e ed^o, n^o 230, § 426, pp. 340 et 341.

(5) Req. 7 juin 1882, D. 1882, 1, 441 note C. AUBRY ; S. 1882, 1, 321. — Adde : C. BEUDANT par P. VOIRIN : op. cit., n^o 131-2^o, p. 132. — C. AUBRY et C. RAU et A. PONSARD : op. cit., n^o 232, § 426, p. 342. — Et plus spécialement : P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, Dactyl., n^o 72, pp. 69 et 70.

Bien entendu les cautions insolvable ne sont en aucune façon libérées. Déchargées dans certaines hypothèses à l'égard du créancier, elles restent exposées aux actions récursoires de leurs cofidélisés. A l'encontre de ceux-ci le cautionnement a pleinement joué son rôle : la sûreté a gommé les aléas du recouvrement. Il appartient aux cautions solvens d'attendre un retour à meilleure fortune des insolvable pour récupérer leur dû. L'impossibilité d'exécution est dans cette hypothèse non seulement fautive mais encore temporaire. Ne serait-ce son illégitimité, sa précarité lui interdirait tout effet extinctif, par le jeu de la suspension de l'exécution.

191. — Impossibilité temporaire et suspension de l'exécution. Tout comme l'impossibilité fautive doit être éliminée en tant que modèle, l'impossibilité temporaire ne peut être retenue comme événement extinctif. Dans cette hypothèse en effet et à condition que la nature de l'obligation s'y prête, l'exécution sera simplement suspendue, c'est-à-dire reportée dans le temps. Il n'y a pas extinction et ni le débiteur, ni la caution ne sont libérés (1). Le créancier ne peut cependant, en cas de suspension de la seule obligation principale, exiger l'exécution de la caution. L'impossibilité temporaire d'exécution qui frappe l'engagement constitue une exception réelle que peut invoquer la caution (article 2036 C. civ.).

En débarrassant l'impossibilité matérielle d'exécution des notions voisines, on aboutit indirectement à déterminer ses caractères principaux : L'impossibilité doit être fortuite, elle doit aussi être définitive. Ceci n'est pas sans rappeler la force majeure avec laquelle une comparaison s'impose.

b) Emprunt de régime possible

192. — Impossibilité d'exécution et force majeure, rapprochement des conditions d'efficacité. L'impossibilité d'exécution trouve son siège dans la disparition de l'engagement dû. Elle est en ce sens «la plus radicale et la plus décisive des causes d'extinctions des obligations» (2) et elle se rapproche de la

(1) Cf. notamment : J. TREILLARD : *De la suspension des contrats* (in : La tendance à la stabilité du rapport contractuel, pp. 59 à 108, ouvr. coll. sous la direction de P. DURAND, Paris, L.G.D.J. 1960) n° 3, p. 60 et n° 8 s., p. 643. La suspension du contrat a pour but principal d'éviter la dissolution du contrat (n° 4, p. 61). Elle est l'antidote d'un événement à caractère extinctif et sera donc écartée (contra : LEBRET : *Suspension et résolution des contrats*, Rev. crit. légis. et jurispr. 1915-1924, pp. 581 et suiv., qui présente la suspension comme une variété de résolution).

(2) F. LAURENT : op. cit., t. 18, n° 508, p. 519 et la référence, citée note 2, à N. GAILLARD, Réquisitoire, D.P. 1856, 1, 38.

force majeure, ou cas fortuit (1), au double niveau des conditions (1°) et des effets (2°).

1° *Les conditions* pour qu'un évènement perturbateur entraîne l'impossibilité fortuite d'exécution ou la qualification de force majeure sont, sous une terminologie diversifiée, en étroite concordance.

En règle générale, on requiert d'un évènement qualifié de force majeure, les caractères d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité (2). Quant à l'impossibilité d'exécution, elle doit d'abord être objective (ou encore absolue) (3) ; cette exigence correspond à celle d'irrésistibilité. Elle doit ensuite n'être pas fautive, ce qui doit être rapproché de l'extériorité (4).

Reste donc la condition d'imprévisibilité exigée pour qu'il y ait force majeure (5), mais qui ne s'impose pas comme condition de l'impossibilité d'exécution. Cette différence entre la force majeure et l'impossibilité d'exécution n'est en réalité qu'apparente et s'estompe rapidement en raison de l'imprécision, voire même de l'inutilité de la notion d'imprévisibilité (6). Dans la qualification de force majeure, cette condition trop vague n'apporte rien et se confond avec l'irrésistibilité de l'obstacle (7). En effet puisque le débiteur d'une obligation contractuelle doit tout mettre en œuvre pour s'exécuter il n'y a pour lui obstacle infranchissable que s'il n'avait pu le prévoir ; en cas contraire, il lui fallait prendre les mesures propres à permettre l'exécution.

(1) Sur la similitude de sens des deux expressions, cf. G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, 1^e vol., n° 483, pp. 527 et 528, qui concluent : « On comprend donc que l'accord se soit pratiquement fait dans la doctrine récente pour renoncer à établir une distinction générale entre cas fortuit et force majeure ». Adde les nombreuses références doctrinales citées en leur faveur par cette position, note 2, p. 528.

(2) Cf. notamment : G. MARTY et P. RAYNAUD, t. 2, 1^e vol., n° 483 à 491, pp. 527 à 536. — B. STARCK, *Droit civil, Obligations*, Paris ; Librairies techniques 1972, n° 535, p. 204 et n° 2081, p. 616. — C. AUBRY et C. RAU, t. 6, 7^e ed°, par N. DEJEAN de la BATIE, n° 457 à 459, § 448 bis, pp. 707 à 711.

(3) Cf. cependant les nuances dont Mr le Doyen J. CARBONNIER assortit cette condition : t. 4, 8^e ed°, 1975, n° 2 in fine, p. 12.

(4) Cf. sur ce rapprochement : G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, 1^e vol., n° 490, pp. 534 et 535.

(5) En ce sens, cf. : F. CHABAS : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil., 2^e ed°, Vis Force majeure (1972), n° 11 à 28.

(6) Cf. notamment : Civ.1, 7 mars 1966, J.C.P. 1966, II, 14878 (1^e esp.), note J. MAZEAUD. Cet arrêt remarque à juste titre que « lorsque la prévision d'un évènement interdisant l'exécution ne saurait permettre d'en empêcher les effets... l'irrésistibilité de l'évènement est à elle seule constitutive de la force majeure ». Y a-t-il façon plus catégorique d'établir son inutilité ? (comp. cependant F. CHABAS : op. cit., n° 81, et J. MAZEAUD : note sous l'arrêt, II^e partie, qui restreignent la portée de cette solution à celle d'une considération superfétatoire).

(7) Cf. spécialement A. TUNC : *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 235 et suiv., spécialement pp. 249 et suiv. ; *Force majeure et absence de faute en matière délictuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1946, pp. 171 et suiv., spécialement pp. 187 et suiv. — Adde avec plus de nuances : J. RADOUANT : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 1^e ed°, 1952, Vis Force majeure, n° 21.

Certains auteurs vont même jusqu'à compter l'imprévisibilité au nombre des conditions de l'impossibilité d'exécution (1), tout en ne la retenant qu'avec réticence dans l'analyse de la force majeure (2). En réalité, dans l'un comme dans l'autre des événements exonérateurs, il subsiste une place, entre la faute de ne pas avoir prévu et l'imprévisibilité absolue, pour la prévisibilité d'un événement auquel on comptait raisonnablement échapper. La marge est certes restreinte, mais elle demeure suffisante pour que la notion d'impossibilité fortuite ne soit pas assimilée à celle d'impossibilité imprévisible lors de la naissance de l'obligation. On se rapproche alors de la remarque suivant laquelle, en matière de force majeure, «la condition d'imprévisibilité n'a son véritable sens que par rapport à l'irrésistibilité, en tant qu'elle la confirme et la justifie» (3).

193. — Rapprochement des effets.

2° *Au plan des effets*, l'impossibilité d'exécution et la force majeure se rejoignent aussi étroitement qu'à celui des conditions. L'une et l'autre ne sont que deux visions d'une même notion (4). L'impossibilité d'exécution, c'est le résultat d'un événement perturbateur de l'exécution d'une obligation préexistante. Le cas de force majeure, c'est l'appréhension du même événement en tant qu'il inhibe l'apparition d'une responsabilité pour inexécution. Le même événement est donc qualifié différemment suivant qu'il libère d'une obligation antérieure ou prévient la naissance d'une obligation de réparation. Mais la disparité de qualification ne saurait masquer l'unité profonde du régime. Puisqu'il s'agit de deux aspects du même concept, force majeure et impossibilité d'exécution auront les mêmes effets (5). Le débiteur principal et sa caution sont définitivement libérés si l'obligation principale est éteinte ; la caution seule bénéficiera de cet événement extinctif s'il ne frappe que son engagement.

L'impossibilité d'exécution se traduit donc, parmi les événements extinctifs, par une caducité. La disparition de la substance de l'obligation entraîne son inefficacité et sa caducité au sens large (6). La disparition automatique et

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : op. cit., t. 7, 2^e ed°, n° 1317, pp. 728 et 729.

(2) Op. cit., n° 840 bis, pp. 170 et 711 ; adde plus nettement encore : G. MARTY et P. RAYNAUD : op. cit., n° 486, pp. 530 et 531.

(3) P. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : op. cit., n° 840 bis, p. 171 in principio.

(4) R. DEMOGUE n'hésite pas à affirmer que «la force majeure... s'identifie avec l'impossibilité d'exécution», *Traité des obligations en général*, t. 6, n° 536, p. 573. Toutes deux participent d'une «compréhension restreinte du hasard» selon l'heureuse expression de Mr. A. BENABENT : *La chance et le droit*, Thèse, Paris, 1971, L.G.D.J., 1973 (Bibl. dr. privé, t. 128, préf. J. CARBONNIER), p. 33.

(5) Ubi eadem ratio, idem jus.

(6) Cf. pour une interprétation de ce sens : Y. BUFFELAN-LANORE : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1961, Paris, L.G.D.J. (1961), p. 164.

de plein droit, sans rétroactivité, de l'engagement caduc en est l'effet le plus net (1). La caducité marque la limite du champ d'action de la volonté, compris entre le nécessaire et l'impossible. L'adéquation entre impossibilité d'exécution et caducité est si complète que l'on a pu envisager d'assimiler totalement les deux notions (2). Cependant faire de l'impossibilité d'exécution la seule cause de caducité serait une erreur ; cette notion recèle bien des virtualités, dont certaines apparaissent en cas de disparition rétroactive de l'obligation principale.

SECTION II

CADUCITE PAR DISPARITION RETROACTIVE DE L'ENGAGEMENT PRINCIPAL

194. — Place restreinte de la caducité. La nullité, la résolution ou tout autre évènement du même ordre qui effacent du monde juridique l'obligation garantie ont nécessairement sur le cautionnement une répercussion grave. En entraînant la disparition rétroactive de l'engagement principal, ils suppriment la raison d'être de la sûreté. Dépourvu de son support, le cautionnement devrait être frappé de caducité.

La simplicité de l'image ne retranscrit qu'inexactement la réalité juridique. La combinaison des règles particulières à chaque situation et de la règle de l'accessoire entraîne d'importantes restrictions à l'emploi de la caducité en cas de disparition rétroactive de l'engagement principal. L'étude des raisons de ce domaine restreint (§ 1) précèdera donc celle de son inventaire (§ 2).

(1) L'acte peut fort bien avoir produit des effets lorsqu'apparaîtra l'impossibilité d'exécution. Ceci ne heurte en rien les principes de la caducité. — Contra : Y. BUFFELAN-LANORE, Thèse précitée, pp. 154 et 155.

(2) Cf. O. PASCAL : *La caducité des contrats*, Mémoire D.E.S. - D.J.C.E. Montpellier, 1974, qui donne de la caducité la définition suivante (p. 48) : « expiration non rétroactive, anticipée et de plein droit d'un acte valable à effets totalement ou partiellement différés ou prolongés *tenant à l'impossibilité de son exécution* ». — Comp. J.M. MOUSSERON et A. SEUBE : A propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973, Chron. pp. 197 à 206, spécialement p. 205, 1^e col., pour lesquels la caducité, définie en termes identiques, tient « à la défaillance d'un élément essentiel à la survie du contrat », formule plus compréhensive.

Paragraphe 1

LES RAISONS DU DOMAINE RESTREINT DE LA CADUCITE PAR DISPARITION RETROACTIVE DE L'ENGAGEMENT PRINCIPAL

195. — **Les deux raisons.** Si le cautionnement disparaît dans la même mesure que l'obligation principale, il ne peut pas y avoir caducité. Comme la règle de l'accessoire commande, par principe, l'identité de régime entre l'obligation principale et sa sûreté, la disparition rétroactive du cautionnement est la première limite au domaine de la caducité (A).

La seconde limite résulte d'exceptions à cette règle de l'accessoire et d'exceptions si notables qu'elles entraînent la survie du cautionnement (B).

A — Disparition rétroactive du cautionnement

196. — **Plans.** Savoir en quels cas l'obligation principale disparaît rétroactivement et comment elle communique son sort au cautionnement permet d'apprécier l'importance de cette limite de la caducité (1).

Il n'est pas indifférent de rechercher en outre de quels pouvoirs dispose la caution pour invoquer ou provoquer cette disparition rétroactive, puisque de leur étendue dépendra celle de cette limite au domaine de la caducité (b).

a) Causes de la disparition de l'engagement principal et sort du cautionnement

1° Causes

L'effort de regroupement des divers événements susceptibles d'entraîner la disparition rétroactive d'une obligation a déjà été mené à bien (1). Il est cependant nécessaire de revenir sur les classifications proposées, non du point de vue d'une théorie générale de la rétroactivité, mais sous l'angle moins ambitieux d'une simple constatation de l'effet rétroactif. Guidé par cette conception de la recherche, on s'aperçoit aisément que la rétroactivité n'est

(1) Voir notamment : J. DEPREZ : *La rétroactivité dans les actes juridiques*, Thèse, Rennes, 1953. — R. JAMBU-MERLIN : *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, Rev. trim. dr. civ. 1948, pp. 271 et suiv. — Adde : R. MERLE : *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1949, Paris, Rousseau (1949), n° 230 et suiv., pp. 317 et suiv.

pas toujours aussi fictive que l'on s'est plu à l'affirmer (1). Elle est la technique juridique qui permet de mettre le droit en accord avec la réalité chaque fois que la disparition de l'acte est due à une absence d'existence matérielle (α). Elle retrouve cependant son caractère de fiction juridique lorsque la disparition rétroactive n'est due qu'à une absence d'existence juridique (β).

α -Absence d'existence matérielle

197. — Constatation par le créancier lui-même : aveu, transaction. L'obligation principale dont l'existence a été invoquée peut, en réalité, être totalement dépourvue de matérialité. La simple constatation de ce défaut d'existence réelle libérera le débiteur, si tant est qu'on ait pu le considérer comme lié sur la simple foi de l'affirmation du créancier. Mais l'apparence de l'obligation, née de la seule prétention du créancier, suffit à faire apparaître un doute qu'il est nécessaire que le débiteur dissipe. C'est à travers les procédés techniques ouverts à ce débiteur pour faire éclater la vérité que l'on peut apprécier la disparition rétroactive de l'ombre de l'obligation principale. La constatation de l'absence d'existence matérielle peut émaner du créancier lui-même ou être réalisée contre sa volonté.

Le créancier est personnellement à l'origine de la constatation de l'absence d'existence matérielle lorsque, par son aveu, il reconnaît le défaut de consistance de sa prétention. Cet aveu, qu'il soit judiciaire ou extra-judiciaire, est plus souvent incident que principal. Sa valeur est la même dans tous les cas : le débiteur principal, et avec lui la caution, n'ont jamais pu être engagés à son égard. Toutes les opérations juridiques construites sur une affirmation contraire s'écroulent.

La constatation d'une inexistence matérielle du droit allégué peut aussi provenir de la renonciation à sa prétention que le créancier inclut dans une transaction. Le droit de ce créancier disparaît alors rétroactivement ; automatiquement le cautionnement qui y était accroché disparaît avec lui (2).

198. — Constatation par autrui : serment décisoire ; chose jugée. L'hypothèse d'une constatation de l'absence d'existence réalisée contre l'avis du créancier est plus fréquente. Une telle constatation se dégage des affirmations du débiteur ou des décisions du juge.

En déférant le serment décisoire à son adversaire, le créancier se résout à soumettre l'existence de l'obligation à l'affirmation du débiteur. Si celui-ci prête le serment déféré ou le réfère victorieusement, l'inexistence de l'obligation est établie. La fragilité de la foi jurée n'ôte rien à l'efficacité du procédé de constatation de l'inexistence d'un rapport juridique, puisque le juge est lié

(1) Cf. notamment : R. JAMBU-MERLIN, art. précité, n° 8, 9 et 11.

(2) Cf. supra n° 131 et suiv.

par le serment décisoire (1).

Le créancier a pu s'en remettre au seul juge pour faire apprécier l'existence de son droit. La décision judiciaire constatant le défaut d'existence matérielle de l'obligation peut ainsi acquérir l'autorité de la chose jugée. Fondée sur une présomption de vérité (2), cette chose jugée est l'événement qui entraîne la disparition du prétendu rapport d'obligation (3).

Les trois événements que nous venons d'énumérer n'apportent, par eux-mêmes, que la certitude d'une réalité préexistante. L'effet déclaratif de cette démonstration, allié à la rétroactivité qui l'accompagne, libère débiteur et caution de façon totale et définitive. Une telle netteté dans l'impact d'un événement libératoire ne se retrouve pas dans les causes de disparition du groupe suivant.

β - Absence d'existence juridique

199. — Nullité, condition résolutoire et résolution. C'est souvent la présence d'un vice juridique qui interdit toute efficacité à l'acte incriminé. Un tel vice résulte soit du défaut d'un élément de formation de l'acte, et il entraîne sa nullité, soit du défaut d'un élément d'exécution de l'acte, et il est alors sanctionné par la résolution ou la condition résolutoire.

La nullité consiste, selon une doctrine autorisée qui n'a cependant pas conquis l'ensemble des auteurs français (4), en un «droit de critique attribué

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et G. GABOLDE : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1581, pp. 1054 et 1055. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 1., vol. 1, 2^e ed^o, 1972, n^o 257, p. 423.

(2) Ce principe (ainsi que la maxime : *Res judicata pro veritate habetur*) doit être pris dans un sens procédural et non au pied de la lettre. Cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et G. GABOLDE : t. 7, 2^e ed^o, n^o 1552, p. 1015, texte et note 1.

(3) Le contrôle de l'existence de la créance est même effectué hors de la demande du créancier en cas de «faillite» du débiteur. La décision du juge commissaire qui rejette la créance peut être invoquée par la caution comme cause d'extinction : Com. 10 mai 1966, Bull. civ. 1966, III, n^o 237, p. 210 ; Banque 1967, p. 637, obs. X. MARIN ; solution confirmée dans la même affaire par Com. 18 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n^o 107, p. 99. (L'affaire était compliquée par l'existence d'un jugement qui admettait l'existence de la créance et qui était postérieur à l'état définitif des créances. Malgré cela, l'autorité de la chose jugée par le juge-commissaire est une cause d'extinction de l'obligation principale). Adde : une solution identique apportée au rejet d'une créance hypothécaire : Com. 20 juin 1978, D. 1978, p. 557, note A. H.

(4) «On a l'impression que cette doctrine s'est évanouie comme un nuage passe sans laisser de trace» a pu dire le professeur J. CHEVALLIER (Rapport général aux journées H. CAPITANT de Turin sur : *inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*. Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 14, 1961-62, Paris, Dalloz (1965), pp. 513 à 520, spécialement, p. 514). — Cf. cependant le brillant plaidoyer en faveur de cette théorie développé récemment par MM. J. FLOUR et J.L. AUBERT : *Droit civil, Les obligations*, vol. 1 : L'acte juridique, Paris, A. Colin, 1975, n^o 320 à 372, pp. 240 à 291.

à certaines personnes à l'encontre de l'acte» (1). Le vice qui justifie ce droit de critique consiste soit en l'absence d'une forme validante, soit dans le défaut ou le vice de la volonté ou de la capacité des parties, de la cause ou de l'objet de l'acte. Dans toutes ces hypothèses le titulaire du droit de critique peut faire disparaître rétroactivement l'apparence créée par l'acte invalidé. A la suite du prononcé de la nullité (ou de la résiliation) l'acte est censé n'avoir jamais existé.

L'obligation peut être assortie, dès son origine, d'une modalité telle que la survenance d'un fait déclenchera sa disparition rétroactive. La réalisation de la condition résolutoire voulue par les parties produit nécessairement un effacement total du lien de droit. Pour cela le recours à la rétroactivité est nécessaire ; il constitue un des caractères essentiels de la condition résolutoire permettant de la distinguer du terme extinctif, même s'il n'est pas indispensable (2).

L'obligation principale peut enfin disparaître rétroactivement à la suite de la résolution du contrat synallagmatique qui la contient. La disparition rétroactive de l'obligation est alors due à la disparition rétroactive du contrat. La rétroactivité repose sur l'idée de sanction autant que sur celle de déséquilibre apparue au sein du contrat à la suite de l'inexécution d'une des obligations (3). Le créancier de l'obligation inexécutée conserve toujours la faculté de demander la résolution, judiciaire ou conventionnelle, du contrat. Mais le créancier bénéficiant d'une garantie évitera ce recours pour agir contre la caution. La résolution jouera donc plutôt soit à l'encontre d'une dette connexe mais non couverte par le cautionnement, soit à la suite d'une inexécution du créancier. Dans ces hypothèses la réaction en chaîne produite dans le contrat synallagmatique entraînera la disparition rétroactive de l'obligation cautionnée. A la résolution pour inexécution s'apparente la résolution pour éviction ou pour vice rédhibitoire dans les contrats translatifs de propriété ou de jouissance. S'il y a inexécution de l'obligation de garantie, le contrat pourra, à certaines conditions, être résolu (4).

(1) E. GAUDEMET : *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, 1937, réimpression, Paris, Sirey (1965), p. 147. — Adde, R. JAPIOT : *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse, Dijon, 1909, pour qui, l'acte ne valant juridiquement que par ses effets, la nullité est le droit de critiquer les effets de l'acte : pp. 285 et suiv. — J. PIEDELIEVRE : *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse, Paris 1911, plus net encore ; — Cf. également F. DROGOU : *Essai d'une théorie générale des nullités. Etude de droit civil*, Thèse, Aix, 1902 (éd. Paris, 1902).

(2) Sur les hésitations de la doctrine quant au fondement et à la nécessité de la rétroactivité de la condition, cf. : M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN : t. 7., 2^e ed^o, n^o 1037, pp. 386 à 390.

(3) Le fondement de la résolution pour inexécution est complexe, et la doctrine est divisée sur ce point : Cf. G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2., n^o 309 et suiv., pp. 271 et suiv. ; et spécialement n^o 314, p. 274. — Adde : B. STARCK : *Droit civil, Obligations*, n^o 2163, pp. 640 et 641, qui propose de réunir et de combiner entre eux tous les fondements.

(4) Cf. H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 3, 2^e vol., 4^e ed^o, n^o 970, pp. 236 et 237 pour l'obligation de garantie d'éviction et n^o 993 et 994, pp. 262 à 264 pour l'obligation de garantie des vices cachés. — Adde : B. GROSS : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse, Nancy, 1962, Paris, L.G.D.J. (1963), (Bibl. dr. privé, 1964, t. 42, préf. D. TALLON). — O. LESTRADE : *Les obligations de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet*, Thèse, Montpellier, 1974, Dactyl.

Dans les trois hypothèses envisagées, nullité, condition résolutoire et résolution du contrat, l'évènement anéantit l'existence juridique du rapport de droit et entraîne donc sa disparition rétroactive. Cette rétroactivité est moins nécessaire cependant qu'au cas d'inexécution matérielle. Sa fictivité est plus accentuée et sa fragilité en sera augmentée. Ce phénomène est plus sensible pour la résolution que pour la condition résolutoire et plus pour la condition résolutoire que pour la nullité. La rétroactivité sera écartée chaque fois qu'elle ne sera pas indispensable et avec une facilité d'autant plus grande que sa nécessité est moindre. Les effets de la disparition en seront affectés.

2° *Sort du cautionnement*

200. — Détermination de ce sort. Constaté que l'aveu, le serment décisive, la chose jugée, la nullité, la condition résolutoire et la résolution entraînent la disparition rétroactive de l'obligation conduit à rejeter pour cette disparition la qualification d'extinction. Il ne peut y avoir extinction que lorsque l'obligation a eu une existence matérielle et juridique, aussi brève soit-elle. Or en notre hypothèse, l'obligation n'a jamais existé, ou est censée n'avoir jamais existé, ce qui revient quasiment au même. La qualification d'extinction ne peut donc être retenue.

On pourrait certes soutenir que l'article 1234 C. civ. énumère parmi les causes d'extinction des obligations la nullité et la condition résolutoire. Mais l'argument s'effondre avant même d'avoir été soutenu tant ce texte contient d'erreurs et d'inexactitudes (1).

L'obligation principale est donc bien l'objet d'une disparition rétroactive. Le cautionnement suit-il la même voie ? Une réponse affirmative doit être retenue dans la mesure où rien ne permet d'affirmer qu'il y a une dissociation du sort du cautionnement et du sort de la dette qu'il garantit. La disparition du cautionnement est corrélatrice à celle de l'obligation principale. Elle en prend même son caractère rétroactif.

Les applications de ce principe de la disparition rétroactive réflexe du cautionnement sont nombreuses en jurisprudence (2). Ce principe constitue d'ailleurs une règle fondamentale du régime du cautionnement, susceptible

(1) Cf. supra n° 12.

(2) Pour le cas de nullité de l'obligation principale, cf. l'abondante jurisprudence citée par G. BAUDRY-LACANTINIERE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n° 944, pp. 502 à 504, reprise et augmentée par P. SIMLER, in *J. Cl. civil.* art. 2011-2020, 2^e fasc. (*cautionnement ; conditions de validité*) 1973, n° 89.

Les arrêts les plus importants sont : Req. 15 juin 1837, S. 1838, 1, 477. — Req. 8 mars 1887, S. 1887, 1, 383. — Cass. 18 mars 1895, D. 1895, 1, 346. — Civ. 6 novembre 1912, S. 1914, 1, 126.

d'être appliquée à tous les événements que nous avons recensés (1). L'affirmation de ce principe doit cependant s'accompagner de son explication.

201. — Explication et fondement. Neutralité de la disparition du cautionnement. La nécessité de rechercher le fondement du principe de disparition rétroactive du cautionnement est d'autant plus grande que ce principe n'est pas expressément formulé dans les textes. Lui trouver des bases solides permettra donc de le fortifier.

La liaison entre les disparitions de l'obligation principale et de son cautionnement résulte de la règle de l'accessoire. De même que l'extinction, la disparition rétroactive du principal entraîne les mêmes conséquences pour le cautionnement. La seule différence tient à l'étendue dans le temps de la disparition. Alors que l'extinction n'agit que pour l'avenir, la disparition rétroactive, qui supprime toute existence à l'acte, supprime nécessairement toute existence au cautionnement.

Cette règle logique est reprise par l'article 2012 al. 1 C. civ. : «Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable». Le dernier adjectif n'était même pas nécessaire : le cautionnement ne peut exister que sur une obligation. Cette base lui est indispensable ; si un événement quelconque la fait rétroactivement disparaître, le cautionnement disparaît suivant les mêmes modalités.

Il ne faut cependant pas en conclure que la disparition rétroactive du cautionnement épouse la nature de la disparition de l'obligation principale. Dire que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité du cautionnement est une erreur (2). L'événement qui déclenche la disparition du cautionnement est seulement la disparition rétroactive de l'obligation. Point n'est besoin de retenir les caractères de la mesure juridique qui provoque la suppression de l'obligation (3).

Certes la règle «accessorium sequitur principale» dispose logiquement que l'accessoire suit le sort du principal qui l'entraîne dans sa chute. Il y a là constatation de bon sens quant à la liaison des sorts de l'accessoire et du

(1) Pour une application aux hypothèses de condition résolutoire et de résolution pour inexécution de l'obligation principale, cf. : M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1552, 3^e, p. 1002. Ces auteurs, ainsi que G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL (op. et loc. cit.) qualifient cette disparition du cautionnement d'extinction. Cette confusion peut s'expliquer par l'indétermination (cependant relative) du sens du mot extinction.

(2) Cette erreur est pourtant très fréquemment commise : L. GUILLAUD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, 1895, n^o 58, p. 66. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, 1907, n^o 944, p. 502. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, 1954, n^o 1518, p. 971. — H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 1^e vol. 5^e ed^o, 1977, n^o 15 et 16, p. 22. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2011-2020 (2^e fasc.), n^o 87 et suiv.

Remarquer au contraire les formules cauteleuses employées par J. C. AUBRY, C. RAU, P. ESMEIN : t. 6, 6^e ed^o, 1951, § 426-3^e, p. 283. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, 1957, n^o 1876, p. 675 in principio.

(3) En ce sens : C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, «si l'obligation principale est nulle, elle n'est pas susceptible d'être cautionnée, sans qu'il y ait à distinguer entre les causes ou les caractères de la nullité», n^o 85, p. 90.

principal. Ceci n'implique cependant pas que la nature de la disparition du principal se répercute telle quelle sur l'accessoire. Il faut en réalité affiner l'analyse, tout en demeurant au niveau des constatations.

Ce qui confère au cautionnement son caractère d'accessoire de l'obligation principale c'est l'affectation de cette sûreté à la garantie de la dette principale. Le but même du cautionnement caractérise la relation qui l'unit à la dette principale. La destination du cautionnement emplit sa finalité, son utilité. La disparition de l'obligation principale a donc pour simple conséquence de priver le cautionnement de son utilité. L'anéantissement du principal supprime donc la raison d'être du contrat accessoire, elle le rend inutile (1). Ceci explique la différence de nature qu'il y a entre la disparition du principal et celle du cautionnement accessoire.

La coloration punitive, le caractère subjectif que peut prendre la disparition rétroactive de l'obligation principale n'ont pas à être pris en considération. Qu'il s'agisse donc d'une disparition pour inexistence matérielle ou juridique, que la disparition soit la sanction d'un vice, d'une inexécution, d'une transaction, etc..., rien ne peut influencer sur la nature de la disparition du cautionnement. Seul le résultat objectif de la mesure prise contre l'obligation principale doit être retenu (2).

En effet la disparition du cautionnement n'est pas et ne peut pas être une nullité, puisque le vice ne concerne que l'obligation principale, ni une résolution puisque l'inexécution ne concerne pas le cautionnement, ni une transaction puisque la caution n'a pas transigé, etc... Le cautionnement n'emprunte à toutes ces techniques que le seul caractère qui leur soit commun : la disparition rétroactive.

Plus précisément d'ailleurs le cautionnement disparaît à partir du moment où l'obligation principale disparaît. Sa chute est due à l'absence de support ; sûreté accessoire par nature et contrat accessoire par son but, il a besoin d'un principal susceptible de le supporter (3) : sans cela il est caduc. En l'espèce il s'agit d'une forme spéciale de caducité, qui joue en arrière dans le temps puisque l'obligation principale a disparu avec effet rétroactif.

(1) Cette idée a été retenue par Mr. G. GOUBEUX pour les accessoires matériels d'une chose corporelle, cf. : *La règle de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Nancy, 1969, Paris, L.G.D.J., (1969), (Bibl. dr. privé, t. 93. préf. D. TALLON), n° 43, pp. 76 et 77.

(2) Une exception doit être apportée à ce principe lorsque l'immoralité ou l'illicéité de l'acte principal se retrouve également dans le cautionnement. Ex. : le cautionnement d'une dette de jeu est aussi nul que cette dette lorsqu'elle est déclarée illicite. Civ. 19 juin 1855 (motifs), S. 1856, 1, 162 ; D. 1855, 1, 292 ; Bordeaux 13 mars 1906, D.P. 1910, 2, 153, note M. DUPUICH. Et sur pourvoi : Req. 31 juillet 1907, D.P. 1910, 1, 254 ; S. 1911, 1, 522. Cf. E.H. PERREAU : *les obligations de conscience devant les tribunaux*, Rev. trim. dr. civ. 1913, pp. 503 à 561, spécialement p. 537-c/, texte et note 4. — Cette exception ne concerne en réalité qu'une nullité propre du cautionnement, qui le frappe en raison de son vice intrinsèque, et non en raison d'une nullité réflexe.

(3) En ce sens : G. GOUBEUX : « les sûretés, destinées à garantir le paiement d'une créance, ne se conçoivent pas sans une créance à garantir, dont elles assurent la pleine efficacité » (Thèse précitée n° 42, p. 74).

Ainsi donc la disparition du cautionnement emprunte à la caducité nombre de ses effets : sa justification d'abord, sa neutralité ensuite. Il n'y a dans la disparition du cautionnement aucune sanction, aucune réparation, mais simplement la conséquence d'un fait juridique. «La sûreté s'évanouit, puisqu'elle n'avait d'autre raison d'être que de garantir l'exécution de l'obligation disparue» (1).

Ces considérations ont une influence certaine sur le sort du salaire de la caution. La fréquence du problème risque de s'accroître en même temps que se multiplient les cautionnements donnés à titre onéreux, notamment par les banques et les sociétés de cautionnement. La caution peut-elle conserver son salaire ? Certes le cautionnement qu'elle avait donné disparaît puisque, ne garantissant que le néant, il ne peut exister. Mais le contrat qui liait le débiteur principal à la caution subsiste. La caution a pour sa part correctement exécuté les obligations qu'il mettait à sa charge ; elle a immobilisé les fonds correspondants à son engagement, elle a couru les risques engendrés par l'opération, elle a conféré au débiteur un certain crédit. Ses services méritent d'autant plus rémunération que la disparition du cautionnement n'est pas imputable à la caution. La neutralité de la caducité vient ici à son secours en justifiant pour elle l'équitable rémunération de ses prestations.

La caution bénéficie donc de la disparition rétroactive de l'obligation principale sans que celle-ci puisse lui nuire. La question de savoir si elle peut, elle-même, déclencher cette disparition rétroactive trouve dans ces considérations un surcroît d'intérêt.

b) Pouvoirs de la caution

202. — La disparition est une exception réelle que la caution peut invoquer. La disparition rétroactive de l'obligation principale apparaît comme un exemple topique d'exception inhérente à la dette principale. Cette qualification d'exception réelle octroie à la caution des droits (1°) qui se heurtent cependant à certains obstacles (2°).

1° Les droits de la caution

La caution va invoquer le vide créé par la disparition rétroactive de l'obligation principale pour démontrer la disparition de son engagement (α). Cette disparition qu'elle peut invoquer lorsqu'elle existe déjà, peut-elle également la déclencher (β) ?

(1) C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n° 23, p. 29 — Adde : G. GOU-
BEAUX : Thèse précitée, n° 42, p. 75, qui utilise une formule similaire.

α - La caution peut invoquer la disparition rétroactive de l'obligation principale. L'article 2036 C. civ. lui donne un droit général à invoquer toutes les exceptions inhérentes à la dette principale et la disparition rétroactive de l'obligation est rangée au nombre de celles-ci. Le législateur l'a rappelé pour l'hypothèse d'absence d'existence matérielle constatée par serment décisoire (article 1365 al. 3. C. civ.) (1). Il faut en étendre l'application non seulement aux autres hypothèses dans lesquelles la dette principale n'a jamais eu d'existence matérielle (aveu du créancier et transaction (2), chose jugée (3) mais aussi au cas d'inexistence juridique (nullité, condition résolutoire et résolutions (4)).

β - La caution a-t-elle le droit de faire apparaître le défaut d'existence de l'obligation principale et donc de provoquer sa disparition ?

203. — Défaut d'existence matérielle : serment. La question ne se pose qu'incidemment pour le *défaut d'existence matérielle* puisque les événements étudiés ont pour effet de constater l'inexistence et non de la déclencher. La caution pourra donc tenter de parvenir à la même constatation par des moyens qui lui sont personnels : chose jugée à son profit, aveu direct du créancier, etc... La caution peut établir l'existence par le serment décisoire, soit en le déférant au créancier, soit en y répondant elle-même. Quant à son refus de prêter serment, nous avons vu (5) qu'il ne portait pas à conséquence. En effet si elle est invitée à jurer que la dette a été éteinte par le débiteur, elle peut légitimement refuser un serment sur les actes d'autrui (6). Si le serment porte sur son activité personnelle, un refus ne préjuge pas d'une extinction effectuée par le débiteur.

204. — Etablissement du défaut d'existence juridique. La question de l'établissement par la caution de l'*inexistence juridique* de l'obligation principale mérite une attention plus soutenue. La caution peut-elle créer le vide, déclencher le mécanisme générateur de la disparition de l'obligation principale ? La réponse doit être nuancée en fonction du degré d'objectivité de l'événement. Plus l'événement est objectif, indépendant des volontés du créancier et du débiteur, plus la caution a de prise sur lui.

(1) Art. 1365, al. 3. C. civ. : « Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions ».

(2) Amiens 25 avril 1973, J.C.P. 1973, IV, p. 433.

(3) Civ. 28 décembre 1881, D.P. 1882, 1, 377. — Civ. 6 janvier 1919, D.P. 1923, 1, 112. — Com. 6 juin 1961, Bull. civ. 1961, III, n° 258, p. 223.

(4) Cf. la jurisprudence citée supra n° 200, note 1, p. 327.

(5) Cf. supra n° 173.

(6) C'est ce qu'il est permis de déduire des formules confuses de la Cour de cassation : Com. 8 mars 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 70, p. 64 ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 129, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; — Com. 30 avril 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 139, p. 110 ; Rev. trim. dr. com. 1975, p. 140, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

Elle pourra ainsi faire apparaître la réalisation de la condition résolutoire que les parties au contrat n'auraient pas invoquée.

Elle pourra, dans une certaine mesure, dévoiler la nullité qui frappe l'obligation principale. Nous avons retenu l'analyse moderne de la nullité qui en fait un droit de critique de l'acte vicié (1). Ce droit de critique est attribué à certaines personnes, en fonction du but visé par la règle de droit violée (2). La règle violée était-elle d'intérêt général, le droit de critique sera accordé à tous les intéressés, au premier rang desquels figure la caution (3). Si la règle violée était au contraire d'intérêt particulier, la caution n'en est pas moins titulaire du droit de critiquer l'acte qui l'enfreint. C'est un droit direct qu'elle acquiert en participant à l'opération économique de cautionnement (4).

Deux justifications peuvent être invoquées pour accorder à la caution ce droit direct personnel : d'abord son intérêt évident à agir ; mais il ne suffirait pas. C'est bien plus l'avantage qu'il y a à faire dénoncer l'illicéité d'un acte par une personne à qui l'on veut en imposer les effets qui justifie l'octroi (5).

L'hypothèse dans laquelle les droits inutilisés par le débiteur principal lui sont strictement personnels fait cependant difficulté. D'une part l'ouverture de ces droits à un tiers pose déjà, au plan général, un problème délicat (6). D'autre part l'article 2012 al. 2 C. civ. a expressément réservé l'hypothèse d'une obligation susceptible d'être « annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple dans le cas de minorité ». L'imprécision de la rédaction a ouvert le champ à de nombreuses interprétations ; un consensus s'est cependant dégagé pour ne voir, dans la réserve du législateur, qu'une formulation trop générale de la seule hypothèse d'incapacité (7).

(1) Cf. supra n° 199.

(2) E. GAUDEMET : *Théorie générale des obligations* (précité), p. 166. Ce critère a été critiqué par Mr. J. CHEVALLIER dans son rapport aux Journées H. CAPITANT (rapport général précité : *inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*), Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XIV, pp. 514 et 515. — Mr. G. COUTURIER (*La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris, 1969, L.G.D.J. 1972, Bibl. dr. privé, t. 121, préf. J. FLOUR) a démontré que la précision de ce critère était insuffisante pour qu'il soit d'une grande utilité et d'une commodité d'utilisation satisfaisante, Thèse précitée, n° 5, pp. 4 et 5.

(3) Sur l'attribution du droit de critique, cf. : J. FLOUR et J.L. AUBERT : *Droit civil. Les obligations*, vol. 1 : l'acte juridique, n° 328, p. 247, et n° 335, p. 256.

(4) Sur l'étendue du droit d'invoquer la nullité relative, cf., bien qu'ils n'envisagent pas expressément l'hypothèse d'une caution, : J. FLOUR et J.L. AUBERT : op. cit., n° 337 et 338, pp. 259 à 262.

(5) Cette idée est le corollaire de la règle de répartition du droit de critique en vue de la multiplication des chances de dénonciation de l'illicite (cf. sur ce point G. COUTURIER : Thèse précitée, n° 306 et 307, pp. 272 et 273). Bien qu'il ne faille multiplier les chances de sanctionner l'acte illicite que lorsque l'intérêt général est en jeu, la possibilité d'ouvrir la critique à des personnes qui subissent, même indirectement, les effets de l'acte (et non simplement son opposabilité) existe même en cas de règles d'intérêt particulier.

(6) Cf. : E. GAUDEMET : *Théorie générale des obligations* (ouvr. précité), p. 167.

(7) Pour l'étude approfondie de ce cas, cf. infra n° 218 à 221.

Les raisons très spéciales qui conduisent à ne voir dans l'article 2012, al. 2. qu'une exception très limitée conduisent, par a contrario, à ouvrir à la caution toutes les actions ou exceptions même si elles reposent sur des éléments d'appréciation personnels au débiteur. Il faut donc ouvrir à la caution la possibilité de critiquer un acte entaché d'un vice du consentement du débiteur (1). A l'argument d'équité qui prêche en faveur de cette solution, il faut ajouter des considérations de logique et de pratique. Au plan logique d'abord, la situation de la caution, insérée au sein de l'opération tripartite de cautionnement, appelle une attention particulière. Au plan pratique ensuite, la détermination des droits de caractère strictement personnel, dont la difficulté laisse une grande place à l'empirisme (2), sera éludée par cette simplification bénéfique.

Le problème rebondit cependant pour la caution solidaire. Les règles de la solidarité, et notamment l'article 1208 al. 2. C. civ. inciteraient à incliner en faveur d'un refus à la caution du droit de critique (3). Cependant la position spéciale de la caution solidaire et surtout le caractère accessoire de son engagement conduisent à faire prévaloir les règles du cautionnement (4). Ainsi donc le principe d'un droit propre de critique et donc du droit de déclencher la disparition rétroactive de l'obligation principale se trouve affirmé (5).

(1) C'est en ce sens que se prononcent, à défaut de jurisprudence, tous les auteurs. Déjà F.J. POTHIER avait posé la règle (*Oeuvres*, t. 3, Traité des obligations, n° 381) et, malgré l'imprécision du Code civil, les exégètes abondèrent en son sens (TROPLONG : *Le droit civil expliqué*, t. 17. *Du cautionnement et des transactions*, Paris, Hingray, 1846, n° 495 ; L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, 2^e ed°, n° 58-I, p. 68 et n° 162, pp. 182 et 183 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 954, p. 512). Les commentaires modernes ont repris la solution, reposant tous sur un raisonnement a contrario (M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1518, p. 971 ; P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, V° CAUTIONNEMENT, 2^e ed°, 1970, n° 56 ; P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2011-2020, (2^e fasc.), n° 94 ; C. AUBRY, C. RAU et A. PONSARD : t. 6, 7^e ed°, n° 228, § 426, pp. 335 et 336, texte et note 4).

(2) En ce sens : G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, vol. 1, n° 687, p. 709. Adde : sur la difficulté qu'il y a à déterminer les droits purement personnels à leur titulaire, voir : J.L. AUBERT : *Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités)*, Rev. trim. dr. civ. 1969, pp. 692 à 715, spécialement n° 21, p. 708 ; et pour l'utilisation de la formule de l'article 2012 al. 2. C. civ., comme élément de détermination : n° 22, pp. 708 et 709.

(3) En ce sens : J. A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, Dactyl., n° 124, pp. 113 et 114.

(4) C'est l'opinion dominante : cf. notamment les développements de H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 1^e vol., 5^e ed°, n° 49 in fine, p. 56 et n° 16, p. 23. — Adde : P. SIMLER : op. et loc. cit., n° 94 ; C. AUBRY, C. RAU et A. PONSARD, op. cit., n° 228, § 426, p. 336, note 4.

(5) Les solutions des droits étrangers varient. L'Italie, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas adoptent la même solution que le droit français (Etude du Max Planck Institut de Hambourg sur «*Le cautionnement dans le droit des états membres des Communautés Européennes*», Hambourg, 1969, (cf. les références en bibliographie) n° 65 et 66, pp. 72 et 73. — Le droit allemand n'accorde à la caution que la possibilité de refuser sa prestation aussi longtemps que le débiteur dispose d'un recours en annulation (ibidem, n° 67, p. 74, et n° 138, p. 148).

Les termes de la motivation qui ont conduit à écarter les restrictions au droit de critique de la caution permettent également d'éviter toute hésitation au regard de la possibilité pour la caution de déclencher la résolution du contrat principal. La solution est la même que l'on se place dans le cadre de l'application de l'article 1184 C. civ. ou dans celui d'une résolution de plein droit contractuellement prévue. Certes l'article 1184 n'ouvre l'action en résolution qu'au seul créancier de l'inexécution qui peut en disposer à son gré ; certes ce créancier conserve toujours le droit de ne pas invoquer la clause de résolution de plein droit, si bon lui semble. Il n'en demeure pas moins que ses droits demeurent attachés à la créance ; ce sont des exceptions réelles et non des droits purement personnels. C'est sur la base de cette idée qu'une décision a accordé à la caution l'exception dilatoire d'inexécution (1).

L'étendue des droits de la caution à l'égard des failles de l'obligation principale est donc à la mesure de son engagement. Autant la caution est liée au débiteur principal, autant lui sont ouvertes les portes de la critique de l'engagement principal. Si les droits sont indénaïbles, leur exercice ne va cependant pas sans difficulté.

2° *Les obstacles à l'exercice de ses droits par la caution*

205. — Détermination des obstacles. La rétroactivité est assurément une mesure dangereuse et le droit répugne à y recourir ; il l'évite chaque fois que cela lui est possible. Certes la rétroactivité qui découle d'une absence d'existence matérielle ne peut être effacée ; elle est due à l'effet déclaratif des événements qui permettent la constatation de ce défaut et ne peut donc pas être atténuée. Au contraire la rétroactivité qui sanctionne un défaut d'existence juridique est bien davantage une fiction qu'une réalité (2). Les inconvénients qu'elle présente alors renforcent la volonté de la limiter au strict nécessaire.

L'effet rétroactif de la disparition est tout d'abord écarté en ce qui concerne les tiers. La disparition rétroactive de l'acte en considération duquel ils avaient acquis des droits ne peut leur nuire (3). Cependant la caution ne peut pas être assimilée à un tiers. Son sort est lié à l'efficacité reconnue à l'acte entre les parties.

L'effet rétroactif est ensuite amoindri, inter partes, grâce à deux techniques différentes. La première regroupe les procédés qui visent à sauver les parties

(1) Trib. com. du Havre, 14 novembre 1921, D.P. 1923, 2, 137, 1^e esp., note A. CHERON.

(2) R. JAMBU-MERLIN : *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, Rev. trim. dr. civ. 1948, pp. 271 et suiv., spécialement n° 11.

(3) Cette protection joue à l'évidence lorsque la disparition rétroactive de l'acte est due à la seule volonté des parties. Elle joue également en cas d'annulation de l'acte vicié, par application de la maxime «error communis facit jus» (sur la protection des tiers par le mécanisme de l'apparence, cf. A. PIEDELIEVRE : *Quelques réflexions sur la maxime «quod nullum est, nullum producit effectum»*, Mélanges P. VOIRIN, Paris. L.G.D.J., pp. 638 à 653, spécialement pp. 651 et 652).

saines de l'acte ; la seconde se traduit par une consolidation de l'acte vicié. Dans les deux cas, il y a plus qu'une simple atténuation de la rétroactivité ; l'acte conforté va continuer à vivre ses effets normaux dans l'avenir. En cela ces techniques constituent réellement des obstacles à l'exercice par la caution de son droit de critique.

De ces obstacles il faut différencier les procédés qui permettent seulement le maintien des effets de l'acte nul ou de l'acte résolu jusqu'à la date de l'annulation ou de la résolution (1).

Le premier procédé consiste à maintenir le contrat lui-même jusqu'à la date de l'événement justifiant sa disparition. Lorsqu'il s'agit d'une inexécution, le contrat n'est pas résolu mais résilié. Lorsqu'il s'agit d'une condition réalisée, elle n'éteint le contrat que pour l'avenir. La force des situations de fait engendrées par le contrat s'impose victorieusement au mécanisme destructeur. Les rapports entre les parties sont donc régis jusqu'à la date fatidique par leurs stipulations contractuelles.

La deuxième technique consiste à remplacer les obligations contractuelles rétroactivement effacées par les obligations découlant de la responsabilité civile ou d'un enrichissement sans cause. Par ce biais sont maintenues les prestations antérieurement exécutées et la disparition, bien que juridiquement rétroactive, n'a d'effet en réalité que pour l'avenir (2).

Ces procédés, à la différence des précédents, maintiennent le principe de la suppression de l'obligation principale. Ils en modifient cependant la nature. De la disparition rétroactive de l'obligation principale, on passe à son extinction. Les effets de cette modification sur le sort du cautionnement sont considérables, mais ils sortent du cadre du problème envisagé ici (3). Seuls prendront rang parmi les obstacles à l'exercice de ses droits par la caution, le sauvetage des parties saines de l'acte (α), et la consolidation de l'acte vicié (β).

α - Le sauvetage des parties saines de l'acte

206. — **Recours à la réduction et à la conversion.** La première des techniques destinées à sauver les parties saines de l'acte consiste à ne frapper de disparition rétroactive qu'une fraction de l'acte. Ainsi en cas d'acte vicié, seule la portion infectée par le vice sera ôtée. L'ablation de cette fraction laisse

(1) Cf. F. TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, 1955, L.G.D.J. (1956), (Bibl. dr. privé, t. 2, préf. R. LE BALLE), pp. 206 à 213. — Adde : J. PIEDELIEVRE : *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse, Paris, 1911.

(2) Cf. pour l'étude de ces procédés en particulier : A. PIEDELIEVRE : *Quelques réflexions sur la maxime «quod nullum est, nullum producit effectum»*, art. précité, notamment, pp. 643 et 644. — Adde : H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1^{er} vol., 5^e ed^o, n^o 336, p. 284.

(3) Ces questions seront étudiées avec les hypothèses de caducité du cautionnement en suite de la disparition de l'obligation principale. Cf. infra § 2, n^o 222 à 228.

intact le reste de l'acte, qui survit ; il y a réduction de l'acte ou nullité partielle de celui-ci (1).

La seconde technique consiste à retenir la fraction restante de l'acte non pour le maintenir tel quel, mais pour constituer un autre acte, par le biais d'une conversion. La conversion, définie comme «le phénomène juridique grâce auquel un acte nul, remplissant cependant les conditions requises par la loi pour un autre acte, ayant un résultat semblable et conforme au but envisagé par les parties, sera valable dans cette mesure » (2), n'a pas fait l'objet de la part du législateur d'une réglementation générale (3). Des hypothèses éparses existent cependant, notamment en matière de nullité cambiaire et pour de nombreuses nullités de forme (4).

207. — Conséquences de ce sauvetage. Les conséquences de l'application de ces techniques sur le sort du cautionnement sont aisément perceptibles. Si l'acte conserve suffisamment de vigueur pour survivre sous sa qualification première, la caution se voit interdire toute libération. Le cautionnement survit dans les mêmes proportions que l'acte. Celui-ci en effet conserve sa nature première malgré la suppression objective du vice (5).

Si l'acte est trop gravement amputé et doit disparaître mais qu'il soit encore possible de le convertir en un autre acte, la situation de la caution demeure, au résultat, la même. Certes la conversion par réduction modifie la nature de l'acte en le remplaçant par une obligation dont les conditions de validité

(1) P. SIMLER : *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse, Strasbourg, 1968, Paris, L.G.D.J. (1969), (Bibl. dr. privé, t. 101, préf. A. WEILL), n° 174 et suiv., pp. 209 et suiv., et n° 34 et suiv., pp. 35 et suiv.

(2) P. SIMLER : Thèse précitée, n° 13, p. 13. — Adde : la définition proposée par X. PERRIN, qui insiste davantage sur l'automatisme de la conversion : «opération qui donne effet en dehors de l'intervention d'une volonté aux éléments réduits d'un acte ou d'une personne juridique qui n'a pu se former ou qui a disparu, lorsqu'ils correspondent à la définition d'une figure juridique nouvelle». (*De la conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Essai d'une théorie en droit français*, Thèse, Dijon, 1911, Ed. Besançon (1911), p. 143).

(3) Comp. cependant le § 140 du B.G.B. — Adde, sur cette technique en sus des auteurs précités : J. CALAIS-AULOY : *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Thèse, Montpellier, 1959, Paris, L.G.D.J. (1961), (Bibl. dr. privé, t. 17, préf. H. CABRILLAC), n° 250, pp. 200 et 201. — F. TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, 1955, Paris, L.G.D.J. (1956), (Bibl. dr. privé, t. 2, préf. R. LE BALLE), n°224 à 229, pp. 209 à 214.

(4) Cf. J. FLOUR : *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, Mélanges G. RIPERT : *Le droit français au milieu du XXe s.*, Paris, L.G.D.J. 1950, t. 1, pp. 93 et suiv.

sont moins rigoureuses. Cependant la caution demeurera tenue (1). Ainsi une lettre de change acceptée à laquelle manque la signature du tireur vaudra comme billet à ordre (2). L'avaliseur d'un tel effet de commerce ne peut se prétendre alors dégagé. Pas plus que les parties, il n'a pu prévoir la conversion ; pas plus qu'elles, il ne peut l'invoquer comme cause libératoire (3).

Le sauvetage des parties saines de l'acte est donc une technique efficace pour empêcher toute libération du débiteur et de la caution. En est-il de même des autres techniques visant à la consolidation de l'acte vicié ?

β - La consolidation de l'acte vicié

208. — Les causes : régularisation, validation, confirmation. Dans trois hypothèses bien spéciales et par trois procédés différents l'acte vicié pourra être purgé de l'imperfection qui l'atteignait. La première technique consiste à corriger le vice : il s'agit de la régularisation (4). Les deux autres reposent sur la suppression de la qualification du vice. L'acte n'est en rien modifié, mais la cause légale d'invalidité qui l'atteignait n'a plus d'effet. La confirmation de l'acte, qui est une renonciation à invoquer le vice, et sa validation, qui résulte d'une modification des prescriptions légales ou du contexte de l'acte, atteignent ce but (5).

Si l'admission de la régularisation et de la confirmation ne fait plus aujourd'hui difficulté, il n'en est pas de même pour la validation. Certains admettent de façon large cette consolidation de l'acte qui n'a été vicié qu'un certain temps. L'expiration de ce temps de purgatoire survient soit fortuitement, à la suite d'une modification législative qui supprime les prohibitions ou interdictions, soit, nécessairement, à la fin de la situation temporaire à laquelle était

(1) L'on explique l'effet obligatoire de la forme nouvelle de l'acte (encore appelée par X. PERRIN « forme mineure » : thèse précitée, p. 8) par la survivance du but économique primitif visé par les parties. « Il s'agit d'atteindre le but que les parties avaient en vue » : J. PIEDELIEVRE : *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse précitée, p. 117. Cet auteur nuance toutefois son propos en exigeant qu'il y ait au moins une volonté exprimée dans le sens de ce but » pour retenir la qualification de conversion (ibid.). — Sur l'importance qu'il convient de reconnaître à cette « volonté économique », cf. F. TERRE, Thèse précitée, n° 228 et 229, pp. 213 et 214, qui apprécie : « il est donc juste de s'inspirer de la volonté de l'effet économique... » (n° 229, pp. 213-214).

(2) Cf. P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, Paris, Rousseau, 1953, t. 1, n° 191.

(3) Cf. pour l'étude de l'effet à donner à l'acte converti par réduction, sur un plan général : A. PIEDELIEVRE : *Quelques réflexions sur la maxime « quod nullum est, nullum producit effectum »*, art. précité, spécialement pp. 645 à 647.

(4) C. DUPEYRON : *La régularisation des actes nuls*, Thèse, Toulouse, L.G.D.J. 1973 (Bibl. dr. privé, t. 127, préf. P. HEBRAUD), n° 10, p. 8.

(5) Cependant la possibilité de considérer comme automatiquement validés les actes qui ne semblent plus porter atteinte aux intérêts pour la sauvegarde desquels la nullité était, à l'origine, édictée, est discutée en doctrine. (cf. sur ce point G. COUTURIER : *La confirmation des actes nuls*, Thèse précitée, n° 165 à 187, pp. 133 à 152).

liée la nullité (par exemple l'ouverture de la succession validera le pacte sur succession future) (1). D'autres n'admettent la validation que dans le seul domaine de l'ordre public économique. Cet ordre public étant aussi versatile que la politique économique des gouvernements, tel acte interdit hier sera recommandé aujourd'hui. Il faut en conséquence, afin de respecter les intentions même surprenantes du législateur, considérer comme valable un acte en faveur duquel la prohibition d'hier est levée (2).

Ces trois causes de consolidation de l'acte vicié n'ont cependant pas la même résonance. Elles se divisent en deux groupes à raison de leur origine et de leurs effets. La confirmation permet une suppression du vice aux yeux du seul confirmant : la suppression est subjective. En revanche les deux autres techniques, régularisation et validation, entraînent une suppression totale du vice, une suppression objective.

209. — Consolidation objective : régularisation et validation. La suppression objective du vice infectant l'obligation principale dresse un obstacle efficace au droit de critique de la caution. Il en va ainsi en cas de régularisation de l'obligation principale. Présentée récemment comme une technique homogène et autonome (3), la régularisation est de plus en plus ouverte par le législateur à certains intéressés, souvent ceux qui sont à l'origine du vice, pour leur permettre de supprimer le vice et ainsi d'inhiber tout droit de critiquer l'acte.

Elle est d'abord possible pour rectifier certaines nullités de mariages, et surtout en matière de nullités de sociétés commerciales (4). Ces cas sont pour nous sans intérêt car les opérations régularisées ne sont pas susceptibles d'être garanties par un cautionnement.

Tout au contraire les trois autres hypothèses (vente de la chose d'autrui, lésion, vice de forme d'un effet de commerce) concernent des obligations qui font fréquemment l'objet de l'adjonction d'une sûreté personnelle. Ainsi dans la vente, l'acquéreur sera souvent contraint de fournir caution ; si l'objet de la vente était la chose d'autrui, la caution pouvait espérer que le verus dominus

(1) Par ex. R. DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseaux, t. 2, 1924, Source des obligations (2^e vol.), n° 845, pp. 743 à 745. — Contra : M. NAST : *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, Thèse, Paris, 1905, pp. 340-341 ; F. DROGOU : *Essai d'une théorie générale des nullités*, Thèse, Aix, 1902, Paris (1902), pp. 240 et suiv. ; R. JAPIOT : *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse, Dijon, 1909, p. 771.

(2) En faveur de l'admission de la validation en matière d'ordre public économique, cf. : G. FARJAT : *L'ordre public économique*, Thèse, Dijon, 1961, Paris, L.G.D.J. (1963), (Bibl. dr. privé., t. 37, préf. B. GOLDMAN), pp. 435 et suiv. — Adde : P. RAYNAUD : *L'ordre public économique*, Cours de doctorat, Droit civil approfondi, 1965-1966, Paris, Les cours de droit, pp. 344 et 345.

(3) Cf. l'excellente synthèse de Mr. C. DUPEYRON : *La régularisation des actes nuls*, Thèse précitée.

(4) Cf. C. DUPEYRON : Thèse, précitée, n° 62 et suiv., pp. 43 et suiv., et n° 136 et suiv., pp. 103 et suiv.

intenterait l'action en nullité. La régularisation de la vente (1) lui ôte tout espoir d'être libérée de son engagement par la nullité (2). Une autre hypothèse de régularisation concerne les actes lésionnaires (3). L'action en régularisation interdit à la caution de l'acquéreur ou du vendeur lésé de se dégager. Enfin la régularisation est possible contre les vices affectant un effet de commerce (4). Cette régularisation interviendra surtout en cas de vice de forme, donc parmi ceux précisément que le donneur d'aval aurait pu invoquer le plus aisément.

A ces cas de régularisation retenus dans la théorie générale de la matière, il convient d'en ajouter un dernier : la réparation d'un vice sanctionné par une nullité d'ordre public économique. Il s'agit d'une régularisation et non d'une confirmation car cette réparation nécessite l'accord des deux parties, alors que la confirmation est un acte unilatéral. Une telle réparation est-elle possible ? La réponse est négative lorsque c'est l'ordre public de droit commun qui est concerné, car la nullité est la conséquence d'intentions immorales ou illicites. Le vice n'est pas réparable (5). Au contraire en matière d'ordre public économique, ce sont les effets nocifs de l'acte qui doivent être anéantis (6). La nullité n'est qu'un remède de fortune, d'ailleurs peu adéquat. En revanche l'effort des parties tendant à supprimer ses effets nocifs est conforme à l'ordre public économique. La régularisation d'une vente conclue au-dessus du prix taxé et qui s'effectue par l'abaissement du prix de vente, la régularisation d'un contrat mal indexé par la suppression de l'indice illicite, la régularisation d'un acte par l'obtention a posteriori d'une autorisation préventive, etc... doivent être efficaces. La jurisprudence hésite, tranchant dans les deux sens (7). La considération du but visé par l'ordre public doit emporter la décision en faveur de l'efficacité de la régularisation (8).

La régularisation faisant disparaître le vice qui affectait l'acte, tout intérêt à le critiquer disparaît en même temps. Nul besoin n'existe de conforter cette régularisation d'une confirmation de l'acte (au sens de renonciation au droit de critique (9)). La régularisation, en supprimant objectivement le vice, dresse

(1) La régularisation est possible par acquisition de la propriété par le vendeur, par ratification du véritable propriétaire, par succession dévolue du propriétaire au vendeur. Sur ces différents cas de régularisation, cf. C. DUPEYRON : op. cit., n° 76 à 103, pp. 54 à 77.

(2) A noter que dans cette hypothèse la caution n'était pas elle-même titulaire du droit de critiquer l'acte puisque l'action en nullité n'appartient qu'au *verus dominus*.

(3) Cf. C. DUPEYRON : op. cit., n° 109 à 125, pp. 83 à 97.

(4) Cf. C. DUPEYRON : op. cit., n° 126 à 134, pp. 97 à 103.

(5) Cf. P. RAYNAUD : *L'ordre public économique*, Cours de doctorat, précité, p. 341.

(6) P. RAYNAUD : *ibidem*.

(7) En faveur de la régularisation : Req. 21 novembre 1933, D.H. 1933, 585 ; Req. 30 avril 1934, D.H. 1934, 315. — Contra : Civ. 25 juillet 1928, S. 1928, 1, 351 ; Req. 9 décembre 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, 62.

(8) En ce sens : P. RAYNAUD : Cours précité, pp. 342 et 343 ; pour la régularisation d'un contrat soumis à autorisation : eod. op., pp. 343 et 344.

(9) En ce sens : P. RAYNAUD : cours précité, pp. 347 et 348. — Contra : R. JAPIOT : *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse précitée.

un obstacle définitif au droit de toute personne, donc de la caution, de critiquer l'acte nul (1).

La validation de l'acte vicié conduit, par des voies différentes, au même résultat. La modification législative qui supprime le vice atteignant l'obligation principale valide donc celle-ci et par là même le cautionnement qui la garantit. Si l'on retient le principe de la validation, force est donc de reconnaître qu'elle constitue un obstacle déterminant à l'exercice par la caution de son droit de critique. Quand même est-il possible de constater, avec les auteurs favorables à la validation, que cette notion n'est pas entrée en droit positif, faute par la jurisprudence d'y accorder une quelconque valeur (2).

210. — Consolidation subjective : confirmation. La confirmation de l'acte nul, qui réside dans une renonciation au droit de critiquer l'acte (3), présente une caractéristique différente : elle constitue une consolidation subjective de l'acte nul. Dans toutes les hypothèses où ce droit de critique lui est reconnu et où il peut en disposer, le débiteur principal est admis à confirmer l'acte entaché de nullité (4). Les hypothèses où la confirmation est ouverte sont

(1) Mr. C. DUPEYRON considère que la régularisation a un effet rétroactif (op. cit., n° 324 à 330, pp. 227 à 230). — Nous pensons au contraire qu'elle ne supprime le droit de critique que pour l'avenir, et proposons de lui ajouter un corollaire aux termes duquel l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister (principe retenu par le droit des sociétés commerciales : Loi du 24 juillet 1966 : art. 362 et généralisé au droit commun de toutes les sociétés depuis le 1er juillet 1978 : art. 1844-11 C. civ.). L'acte n'ayant pas été, par hypothèse, annulé avant la régularisation ne pourra plus l'être ensuite. Il n'est plus utile de recourir à la fiction toujours dangereuse de la rétroactivité.

(2) Cf. G. COUTURIER : *La confirmation des actes nuls*, Thèse précitée, n° 186, pp. 150 et 151, et les références citées.

(3) E. GAUDEMET : *Théorie générale des obligations*, précité, p. 170. — G. COUTURIER : *La confirmation des actes nuls*, Thèse précitée, n° 4, p. 4, et passim. — J. FLOUR et J.L. AUBERT : *Les obligations*, vol. 1, 1975, n° 339, p. 262.

(4) Seule la conception moderne de la nullité ouvre la possibilité de confirmer une nullité d'ordre public (Contra : P. KAYSER : *Les nullités d'ordre public*, Rev. trim. dr. civ. 1933, pp. 1115 à 1140, spécialement n° 9, pp. 1126, et 1127 ; mais cet auteur recouvre du manteau de la confirmation des hypothèses de régularisation ou de validation. Cependant une évolution s'amorce parmi les juridictions du fond qui rapprocherait les deux conceptions en permettant la renonciation lorsque la nullité ressortit à l'ordre public de protection. Cf. notamment Toulouse 5 mars 1975, J.C.P. 1975, II, 18034, note J. PICARD : « La référence à un indice contraire... à l'ordonnance du 30 décembre 1958... entraîne... une nullité touchant... à l'ordre public de protection, et susceptible par voie de conséquence de confirmation. Adde : Amiens 9 décembre 1974, J.C.P. 1975, II, 18135, note J.P. LEVY. — Trib. gr. inst. Albi 13 juillet 1973 (jugement confirmé par Toulouse 5 mars 1975, précité), J.C.P. 1973, II, 17579, note J. PICARD ; Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 167, n° 4, obs. G. CORNU ; Rép. Defrenois 1974, n° 30808, obs. P. MALAURIE. Ici comme ailleurs la renonciation anticipée demeure nulle : J. PICARD, note au J.C.P. 1973, II, 17579, précitée ; J.P. LEVY : note précitée ; P. RAYNAUD : *L'ordre public économique*, Cours de doctorat, précité, pp. 335 à 338.

nombreuses (1). Faut-il en conclure que chaque fois que le débiteur principal confirmera l'obligation cautionnée, le cautionnement se trouvera définitivement renforcé et la caution privée de l'exception de nullité ?

Les partisans de l'analyse classique de la confirmation (qui la limitent aux nullités relatives) hésitent sur la solution à donner. Quelques-uns refusent le droit à la caution d'obtenir la nullité lorsque le débiteur a confirmé l'acte. Considérant que l'article 1338 al. 3. C. civ., qui rend la confirmation inopposable aux tiers, n'est pas applicable à la caution, ils font de la décision du débiteur un obstacle définitif (2). Prétexte est pris d'un parallèle à conserver, même facticement, entre l'obligation principale et le cautionnement (3). La majorité des auteurs penche au contraire pour la conservation par la caution de son droit d'invoquer la nullité, soit grâce au jeu de l'article 1338 al. 3. C. civ., soit en vertu de la règle selon laquelle la renonciation du débiteur ne peut nuire à la caution (4), même si certains émettent des doutes sur la valeur de la solution (5).

L'analyse de la confirmation en une renonciation au droit de critique aplanit toutes ces difficultés. Toute renonciation étant personnelle au débiteur et sans effet à l'égard de la caution, la confirmation de l'acte nul par le débiteur ne constitue pas un obstacle à l'exercice par celle-ci de son propre droit de critique (5). Que la nullité soit absolue ou relative (pour reprendre la termino-

(1) Cf. G. COUTURIER : Thèse précitée, n° 204 à 347, pp. 169 à 313. Pour cet auteur, la disponibilité du droit de critique est de principe en matière de nullités protectrices d'intérêts privés ; elle ne trouve de limites que dans l'interdiction faite par la loi de renoncer aux nullités pour protéger la partie la plus faible dans un contrat (ex : le contrat de travail) (cf. G. COUTURIER, n° 282, p. 247, et note 300). — Au contraire le droit de critique est par principe indisponible lorsque la nullité est protectrice de l'intérêt général, hormis les hypothèses où la confirmation ne porte plus atteinte à l'intérêt social qui se trouvait à l'origine de la nullité (ce sont les hypothèses de validation envisagées supra n° 42) (cf. G. COUTURIER, n° 337, p. 303).

(2) Cf. notamment : P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2011-2020 (2^e fasc.), n° 95, et les auteurs cités in *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n° 9. — Adde : B. TEYSSIE : *Les groupes de contrats*, Thèse, Montpellier, 1974, Paris, L.G.D.J. (1975), (Bibl. dr. privé, t. 139, préf. J.M. MOUSSERON), n° 337 et 338 (pp. 246 et 247, thèse dactyl.) à propos de l'affaiblissement du groupe de contrats que constitue l'opération de cautionnement.

(3) P. SIMLER : *ibidem*.

(4) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 954, p. 512. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 7^e ed°, n° 218, § 426, texte et note 9, pp. 336 et 337. Adde : B.A. TARANU : *De la confirmation des actes annulables*, Thèse, Paris, 1892, p. 142 et suiv. — R. PELLET : *De la ratification des actes entachés de nullité ou confirmation*, Thèse, Paris, 1903, p. 147 et suiv. — J. TRIFONESCU : *De la confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris, 1911, p. 110 et suiv.

(5) H. L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 1^e vol., 5^e ed°, n° 16 in fine, p. 23.

(6) Cf. en ce sens G. COUTURIER : Thèse précitée, n° 51, p. 36.

logie classique), la caution dispose d'un droit propre de critique qu'elle peut exercer indépendamment de l'attitude du débiteur principal (1) (2).

211. — Influence pratique de la solution sur la position de la caution. La consolidation subjective réalisée par la confirmation émanant du débiteur principal demeure donc sans influence sur l'engagement de la caution (3). Une telle situation paraît au premier abord fort gênante pour le créancier. Alors qu'il a réussi à obtenir le renforcement de son droit à l'égard du débiteur, verra-t-il le résultat de ses efforts amoindri par la perte de sa sûreté personnelle ? La pratique vient à cette occasion apporter un adoucissement à la sécheresse de la solution théorique.

Il est permis en effet de présumer que la confirmation par le débiteur sera presque toujours suivie d'une confirmation par la caution. L'obtention d'une confirmation par le débiteur ne peut en effet s'expliquer que par deux raisons. La première raison tient à l'intérêt personnel du débiteur : soit que le vice ait été découvert en cours d'exécution d'un contrat successif, soit que des relations continues d'affaires l'y incitent, le débiteur peut avoir grand intérêt à ne pas rompre le contrat et à ne pas mécontenter son créancier. En ce cas il aura de bons arguments pour faire pression sur la caution afin qu'elle consente elle aussi à confirmer l'acte nul. Le créancier sera ainsi intégralement satisfait. La deuxième raison expliquant la confirmation siège dans l'intérêt conjoint du débiteur et de la caution à ne pas invoquer une nullité plus désavantageuse que l'acte lui-même. Cette situation se rencontre chaque fois que l'acte prévoit un remboursement (ou un paiement) échelonné. La nullité conduirait en effet à une restitution totale et en une seule fois de la somme prêtée ou de l'équivalent de la chose livrée. L'avantage présenté par l'échelonnement contractuel des règlements justifie à lui seul une confirmation conjointe de la caution et du débiteur.

La confirmation de la nullité par le débiteur entraînera donc quasi systématiquement la confirmation par la caution. Peut-être faut-il excepter

(1) C'est cet argument qui permet à MMrs J. FLOUR et J.L. AUBERT de justifier l'art. 1338 in fine C. civ. qui réserve les droits des tiers (in : Les obligations, vol. 1, 1975, n° 348 in fine, p. 269). Bien que la solution ne puisse être étendue à la caution, les tiers visés par le texte étant les ayants cause à titre particulier du confirmant, l'identité du fondement renforce l'explication proposée. — Contra : F. VALDELIEVRE : *La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris, 1964, Dactyl., p. 97.

(2) Les décisions de jurisprudence parfois citées en faveur du maintien du cautionnement sont trop anciennes et confuses pour être probantes ; (Req. 22 novembre 1825, S. Chron. ; Civ. 12 février 1840, S. 1840, 1, 529 ; Req. 10 juillet 1849, S. 1849, 1, 577). Rendues sur les bases d'une conception de la nullité que nous rejetons, elles n'avaient même pas emporté la conviction des auteurs classiques.

(3) Les solutions retenues par les droits étrangers sont en sens contraire. La confirmation par le débiteur prive la caution de son droit d'invoquer la nullité (Italie, Belgique, Pays-Bas) ou de son droit de refuser la prestation (Allemagne). Etude du Max Planck Institut de Hambourg sur « *Le cautionnement dans le droit des états membres des communautés européennes* », 1969 (précitée), n° 66, p. 73, et n° 67, p. 74 in fine.

l'hypothèse d'une confirmation par un débiteur insolvable qui n'aurait d'autre but que de laisser la caution seule débitrice. La fraude serait alors justement déjouée par la règle que nous avons posée de la relativité de l'effet de la confirmation. Hormis cette hypothèse de réalisation peu courante, la suppression subjective du vice par le débiteur est donc un obstacle théoriquement inefficace contre la caution, mais que les réalités de la vie économique raffermissent. En revanche les consolidations objectives de ces vices consistent des obstacles à part entière au droit de critique de la caution.

Ainsi donc que l'obligation principale disparaisse rétroactivement ou qu'elle soit consolidée, le cautionnement subit le même sort : un tel parallélisme de régimes restreint d'autant le domaine de la caducité. A cette première cause s'en ajoute une autre, diamétralement opposée, qui repose sur la survie du cautionnement.

B — Survie du cautionnement

212. — Raisons de cette survie ; plan. Dans trois hypothèses la disparition rétroactive du rapport principal d'obligation laisse survivre le seul cautionnement. Cette situation très spéciale se produit au cas de nullité pour incapacité (article 2012 al. 2. C. civ.), de résolution ou de nullité du concordat (article 75 in fine et 76 al. 2. loi du 13 juillet 1967), et de nullité de la lettre de change pour vice de fond (article 130, al. 8. C. com.). Dans chacune des trois hypothèses, la règle légale repose sur la nécessité particulièrement forte de protéger le créancier. Les nécessités du crédit sont à ce point impérieuses que la caution a été sacrifiée au profit de l'intérêt des transactions en général et du créancier en particulier.

Ce fondement inspire chacune des trois exceptions. Seul il est cependant trop informel et peut être insuffisant en raison de la primauté de son aspect économique ; mais il est renforcé dans chaque cas par une justification juridique propre à l'exception considérée. La première justification repose sur les particularités indéniables des procédés du droit commercial et du droit cambiaire ; ils imprègnent l'engagement cautionné d'une spécificité et d'une homogénéité de réglementation qui justifient que le cautionnement en subisse l'influence (a). La seconde justification réside dans l'inclusion d'une nature juridique hétérogène à l'intérieur de la structure de l'engagement de la caution (b).

a) **La survie du cautionnement justifiée par le particularisme de la règle appliquée**

213. — **Régime et motifs de cette solution.** Dans deux cas le cautionnement survit parce que l'influence du statut de l'obligation principale rejaillit sur le mécanisme même de la sûreté. Il s'agit de deux notions monolithiques qui impriment à l'ensemble de l'opération au sein de laquelle s'insère le cautionnement une empreinte telle que le droit commun du cautionnement en est affecté. La première hypothèse concerne la survie du cautionnement d'un concordat résolu ou nul (1°) ; la seconde concerne la survie de l'aval d'une lettre de change atteinte d'un vice de fond (2°).

1° *La survie du cautionnement d'un concordat résolu ou nul*

Le concordat accordé à l'entreprise en état de règlement judiciaire est octroyé en fonction des éléments économiques de la situation présente de l'entreprise et des promesses du débiteur. Tout vice atteignant chacun de ces deux éléments est à l'origine de la disparition rétroactive du concordat. L'erreur dans l'appréciation de la situation économique justifie, si elle a été provoquée par le débiteur, la nullité du concordat. L'inexécution des promesses du débiteur entraîne la résolution du concordat.

Souvent l'exécution du concordat est garantie par des cautions, notamment lorsque l'entreprise débitrice est une personne morale. Leur engagement revêt cependant un aspect particulier puisqu'il ne jouera qu'au cas où le débiteur sera libéré de ses obligations concordataires (1). Le paradoxe n'est cependant qu'apparent et s'explique aisément. La caution du concordat doit régler les échéances concordataires lorsque, le débiteur n'exécutant plus ses engagements, le concordat est résolu pour inexécution (2).

C'est donc bien, comme en droit commun, l'inexécution du débiteur principal qui déclenche la poursuite de la caution. Tout comme en droit commun le débiteur reste tenu, simplement la nature de sa dette change pour devenir plus dure et plus étendue. Privé des avantages du concordat, le débiteur est obligatoirement et automatiquement déclaré en liquidation des biens (3). Non seulement il demeure tenu, mais sa situation est aggravée puisque l'exploitation de l'entreprise cesse, qu'elle est liquidée et que tous ses biens sont répartis entre

(1) Aucune explication sérieuse de cette règle n'a été proposée, sinon avec une touche de dépit : cf. par ex. A. WAHL : *Précis de droit commercial*, 1920, n° 2865 : « Cette solution est contraire au droit commun ; on la fonde sur la crainte d'une collusion entre la caution et un créancier qui, au lieu de faire exécuter le concordat, en demanderait la résolution dans le but de faire libérer la caution. La raison paraît bien peu sérieuse » (Sic).

(2) Loi du 13 juillet 1967, art. 75, dernier alinéa : « La résolution du concordat ne libère pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle ». Pour une application V. Paris 16 novembre 1977, J.C.P. 1978, ed° C.I., n° 6780, p. 98 : chron. faillite, M. CABRILLAC et J. ARGENSON, n° 18.

(3) Loi du 13 juillet 1967, art. 79.

les créanciers alors que le concordat évitait une telle solution. La libération du débiteur n'est qu'apparente et dissimule un changement de procédure. Ce changement de nom et de forme de la technique de liquidation du passif ne doit pas abuser : c'est une sanction contre le débiteur qui demeure tenu au-delà même de ce qu'exigeait le concordat. Rien donc ne justifierait une libération de la caution.

Au cas d'annulation du concordat, la survie du cautionnement est possible mais très exceptionnelle. L'annulation du concordat libère en principe la caution ; mais si la cause de nullité résidait dans le dol du débiteur et que la caution ait été au courant de ce dol, elle demeurera tenue (1). Ici encore il faut remarquer que le débiteur sanctionné par l'annulation sera déclaré en liquidation des biens et restera donc tenu de ses dettes. Mais c'est surtout parce que la caution garantissait non seulement l'exécution mais aussi la sincérité du concordat qu'elle demeurera tenue.

Ces deux hypothèses de survie du cautionnement sont donc pleinement justifiées par le particularisme des procédures de liquidation collective du passif. Il n'est fait qu'un échec relatif et purement formel au principe de l'accessoire et de la disparition corrélatrice des obligations principale et accessoire. La situation est différente dans la seconde hypothèse.

2° *La survie de l'aval d'un effet de commerce nul*

214. — Mobiles de cette survie. L'autonomie certaine dont fait preuve le droit cambiaire se justifie principalement par le rôle des effets de commerce : titres dans lesquels le droit s'incorpore, ils doivent inspirer confiance au cessionnaire, et ainsi circuler facilement (2). Cette confiance sera méritée par l'épuration des vices qu'assure toute cession du titre : « en passant au cessionnaire du titre, le droit se débarrasse de tous les vices qui risquaient d'en diminuer ou d'en restreindre l'efficacité » (3).

Les règles de l'indépendance des signatures et de l'opposabilité des exceptions pourvoient à cette efficacité. La garantie spéciale qu'apporte l'aval d'un effet de commerce ne pouvait pas, a fortiori, échapper à de tels principes ; c'est pourquoi le donneur d'aval est tenu aussi rigoureusement que le débiteur qu'il garantit. Il arrive même qu'il soit tenu plus rigoureusement et qu'il demeure lié quand bien même le débiteur garanti serait libéré. Cette survie du cautionnement a à l'évidence pour but d'éviter au porteur les désagréments de la perte de ses recours. Elle va dans la direction dégagée précédemment d'une plus grande sécurité des opérations sur titres cambiaires et participe en ce sens à l'homogénéité de la technique du change. Une telle règle de survie du

(1) Loi du 13 juillet 1967, art. 76. al. 2 : « Cette annulation libère de plein droit les cautions, sauf celles qui avaient connaissance du dol lors de leur engagement ».

(2) Cf. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : *Traité de droit commercial*, t. 2, Paris, Dalloz, 1966, n° 1332, pp. 415 et 416.

(3) J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : *ibidem*.

cautionnement ne s'est cependant pas dégagée sans soubresauts et son fondement est encore l'objet de vives controverses (α). Du choix de ce fondement dépend l'étendue de son domaine (β).

215. — Fondement de la règle. α -*L'évolution du fondement de la règle* a pour point de départ le Code de commerce qui avait étroitement assimilé le sort du donneur d'aval à celui du débiteur garanti (1). Le garant disposait donc de toutes les exceptions ouvertes à son débiteur et notamment les exceptions de nullité. L'aval ne pouvait survivre à la traite nulle. L'unification du droit du change réalisée par les Conventions de Genève du 7 juin 1930 entrées en vigueur en France le 20 octobre 1935 entraîna l'inclusion dans notre droit de principes émanant des conceptions germaniques du change. Au nombre de ceux-ci figure la conception très autonomiste de l'aval dont les auteurs allemands disent qu'il dépend de l'engagement principal au point de vue formel mais n'en dépend pas au point de vue matériel.

Cette conception de l'aval s'est traduite dans la loi uniforme par la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 32 devenu l'article 130 al. 8. C. com. : l'«engagement du donneur d'aval est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme». Rapprochée de l'alinéa 7 du même article qui rattache étroitement l'aval à l'engagement garanti, cette disposition fait apparaître une opposition difficilement réductible. Afin de l'adoucir et d'en éliminer les inconvénients, doctrine et jurisprudence se livrèrent à une interprétation du texte qui ne manque pas de hardiesse. Se libérant de la lettre de l'alinéa 8, les auteurs et les tribunaux y virent la simple application d'une idée générale du droit du change : le porteur ne peut se voir opposer aucune exception dont il n'ait pu avoir connaissance lors de son engagement (2).

La bonne foi du porteur constitue pour lui un bouclier le rendant invulnérable. Mais lorsque le vice de la lettre de change est apparent, aucun porteur ne peut être de bonne foi (3). Le vice de forme étant par nature apparent, la nullité

(1) H. SINAY : *La situation juridique du donneur d'aval*, Rev. trim. dr. com. 1953, pp. 17 à 52, spécialement n° 17, pp. 33 à 35.

(2) Sur cette ignorance entendue comme l'élément générateur de la bonne foi nécessaire pour invoquer l'apparente validité de l'acte, cf. : J. CALAIS-AULOY : *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Thèse précitée, n° 330, p. 263, et n° 332, p. 264. Cet auteur couvre l'ensemble des conceptions de la bonne foi sous la terminologie d'«élément psychologique» de l'apparence. — Adde, P. LESCOT : *Quelques aspects de la relativité des actes juridiques en droit privé positif*, J.C.P. 1962, I, 1682, n° 9 (2^e partie du numéro).

(3) «La loi... n'a entendu favoriser dans l'intérêt du crédit que la circulation des effets régulièrement créés et transmis, et il appartient au porteur, avant d'accepter en paiement ou à l'escompte le titre qui lui est présenté, d'en vérifier la régularité extérieure». P. LESCOT art. précité, n° 9. — Adde : P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, Paris, Sirey, 1953, t. 1., p. 334, et note 1, p. 335. J. CALAIS-AULOY : Thèse précitée, n° 249, pp. 199 et 200 : «Les besoins de rapidité... n'exigeaient nullement que les porteurs pussent omettre de jeter un regard sur le papier qui leur passe entre les mains».

de forme est opposable à tout porteur (1). C'est pourquoi le législateur de 1935 précise l'existence de cette exception. Partant de cet exemple malencontreusement présenté par la loi comme une exception, la généralisation devient aisée. Si le porteur pouvait s'attendre au moyen de défense que le débiteur cautionné était à même de soulever, il n'y a aucune raison pour maintenir le donneur d'aval dans les liens de l'obligation : le droit cambiaire n'assure aucune protection aux porteurs de mauvaise foi (2). Seules les causes de nullité qui sont cachées au porteur lui conservent son recours contre le donneur d'aval (3). La règle de l'article 130 al. 8. C. com. trouve ainsi «sa justification uniquement dans le souci du législateur de procurer au porteur de la traite la sécurité particulièrement nécessaire dans les rapports du change, tout en le dispensant de procéder à des vérifications souvent longues et difficiles» (4). En conséquence la survie du cautionnement en cas de nullité du rapport principal ne se conçoit que de pair avec l'ignorance du vice chez le porteur (5).

La jurisprudence a confirmé cette tendance dans deux décisions qui ne laissent aucun doute sur son intention de limiter l'exception de l'article 130 al. 8. C. com., même si les formules employées n'expriment pas le fondement de la solution (6).

Grâce à cette interprétation, l'homogénéité des règles du change est retrouvée. Les règles de l'indépendance des signatures et de l'inopposabilité des exceptions cèdent devant la mauvaise foi du porteur (7), pour un signataire principal

(1) R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, Paris, Sirey, 1975, n° 253, p. 214.

(2) R. ROBLOT, op. et loc. cit. — Sur les différentes conceptions de la mauvaise foi du porteur cf. : J. CALAIS-AULOY, Thèse précitée, n° 333, p. 265 ; et sur leurs applications, eod. op. n° 335 à 350, pp. 266 à 276. Adde. N. REUTER : *La «mauvaise foi» de l'article 121 du code de commerce*, Rev. trim. dr. com. 1974, pp. 439 à 475, spéciale-ment n° 4 à 16, pp. 446 à 465.

(3) M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la Jurisprudence*, précité, 1974, n° 34, p. 117 et n° 35, pp. 119 et 120. — N. REUTER : art. précité, n° 3, pp. 444 et 445.

(4) P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1., n° 505, p. 569.

(5) En ce sens, et en sus des auteurs cités dans les trois notes précédentes : H. SINAY, art. précité, n° 20, pp. 38 et 39 ; voir cependant les hésitations manifestées au n° 19, p. 37. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse, Paris, 1953. L.G.D.J. 1954, § 165, pp. 185 à 188 ; qui affirme nettement après une longue justification la solution donnée au texte. Il la maintient même dans l'hypothèse de mauvaise foi de l'avaliseur (op. cit. § 166, p. 188) ; position que nous ne pouvons approuver. En effet la connaissance du vice par l'avaliseur modifie la nature de son engagement : s'engageant en connaissance de cause il devient un porte fort (cf. infra n° 52 et suiv.) — R. HOUIN : *Cours de droit commercial*, Licence, 4^e année, 1970-1971, Paris, Les cours de droit, p. 46. — F. GORE : *Cours de droit commercial*, Licence, 4^e année, 1971-1972, Paris, Les cours de droit, p. 135. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2., 7^e ed°, 1973, n° 2013, p. 145 in fine.

(6) Com. 26 janvier 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 27 ; Rev. trim. dr. com. 1971, p. 1050, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 35-A, p. 120, obs. M. CABRILLAC. — Com. 28 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 312, p. 291 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 212 ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 304, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(7) Cf. art. 121 C. Com.

comme pour un avaliseur. A partir de ce fondement, il devient possible de tenter de délimiter le domaine de la survie de l'aval à une nullité de l'obligation cautionnée.

216. — Domaine de la règle. Le principe. *β - Le domaine de l'exceptionnelle survie de l'aval* devient plus difficile à déterminer ; puisque nous avons interprété l'alinéa 8 de l'article 130 C. com. comme l'expression des règles générales d'opposabilité des exceptions, le domaine de cette disposition sera cerné par des applications ponctuelles, puis par éliminations.

Sont exclues de l'application de l'alinéa 8 toutes les causes d'efficacité autres que les nullités. L'interprétation exégétique du texte impose cette solution (1) (2).

Parmi les causes de nullité, encore faut-il distinguer. Certains auteurs procèdent par énumération (3). Ainsi reviennent le plus fréquemment sous leur plume, comme susceptibles d'éteindre le seul rapport principal mais non l'aval, les vices tenant à l'incapacité du débiteur, à l'invalidité de son consentement, à la fausseté de sa signature, ... (4). Certains sont encore plus restrictifs et n'admettent la survie de l'aval qu'aux seuls cas d'incapacité et de faux (5). D'autres dissertent, à la suite de la jurisprudence antérieure à 1935, pour savoir si le faux est un vice entraînant l'inexistence du consentement du débiteur, ou s'il est vice de forme puisqu'il se traduit par la falsification matérielle du titre (6). D'autres enfin s'interrogent au sujet des nullités de fond d'ordre

(1) Cette position est celle d'une doctrine et d'une jurisprudence univoques. Contra : Trib. com. Seine 17 juin 1949, J.C.P. 1950, II, 5174, note R. ROBLOT ; Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 504, obs. R. HOUIN. Tous les commentateurs s'accordent à critiquer la solution de ce jugement tant pour ses motifs erronés que pour son dispositif.

(2) Le recours à l'interprétation exégétique demeure sain à la condition d'éviter les dangers et les excès révélés par les juristes du XIX^e s. Cependant, quelle que soit la méthode (exégèse ou libre recherche scientifique), la maxime de l'interprétation du texte lui-même reste le point de départ de toute recherche. Lorsque la loi est claire, et notre hypothèse correspond à cette affirmation, le juriste doit s'y tenir et ne pas solliciter le texte (sur le problème d'interprétation, et pour un plaidoyer vibrant en faveur d'un retour bien compris à l'exégèse, cf. G. CORNU : *Cours de droit civil*, Licence, 1^{re} année, 1971-1972, Les cours de droit, pp. 125 à 136).

(3) Cf. notamment : J. ISSA-SAYEGH : *J. Cl. com.*, art. 130, aval, 1972, n° 149 à 162. — R. ROBLOT : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com. 2^e ed°, V° AVAL, 1972, n° 39 à 42.

(4) Cf. P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, 1953, n° 504, p. 568. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, § 157 à § 164, pp. 182 à 185. — G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed°, n° 2013, p. 145. — R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n° 253, p. 214 in principio.

(5) F. GORE : cours précité, p. 135. — N. MONTOUT-ROUSSY : *La situation juridique ambiguë du donneur d'aval*, D. 1974, Chron. pp. 197 à 202, spécialement I-B-e, p. 199, 1^{re} col.).

(6) B. GEISENBERGER : Thèse précitée, § 187, pp. 214 à 216 ; Adde : H. SINAY : art. cité, n° 17, p. 34 et 19, p. 37.

public, pour savoir si elles sont opposables en tout état de cause par l'avaliseur (1).

Plutôt que de tenter de rivaliser d'imagination avec une doctrine aussi fournie, il nous paraît préférable d'appliquer le critère dégagé. Le porteur de mauvaise foi ne peut invoquer la survie de l'aval puisque la loi n'a en vue que la protection des porteurs ignorant légitimement le vice. Abandonnant la distinction entre vice de forme (qui demeure toujours invocable par l'avaliseur) et vice de fond (qui le sera parfois), il suffit de s'en remettre à l'appréciation du juge en fonction du cas d'espèce.

Le vice du consentement entraînera la chute de l'aval s'il était connu du porteur ; le faux pourra être invoqué par l'avaliseur s'il était tellement manifeste que le porteur ne pouvait l'ignorer sans être taxé de négligence, etc... La nullité pour illicéité de l'opération fondamentale rejaillit sur l'obligation du tiré ; la Cour de cassation a décidé que le donneur d'aval pouvait l'invoquer (2). Elle a ensuite précisé sa position en fondant la nullité de la lettre de change sur une absence de cause (3) : le contrat de prêt (illicite pour un non-respect de la réglementation économique de la vente à crédit) constitue la cause de la création des effets de commerce (4) ; si ce contrat disparaît rétroactivement, la cause de l'opération de change disparaît avec lui. Le donneur d'aval, « tenu de la même manière que... le débiteur » (5) est libéré en même temps que lui. Cette exception n'est invocable par le tiré que parce que le tireur était resté porteur de la lettre de change ; contre tout autre porteur l'exception eut été inefficace (6). Ce qui est important, c'est la liaison imposée par la Cour de cassation aux sorts du débiteur et de l'avaliseur. La survie de l'aval en est réduite d'autant.

217. — Deux exceptions. Deux problèmes restent cependant délicats à résoudre. D'une part il est difficile de retenir la libération de l'avaliseur pour

(1) R. HOUIN : cours précité, p. 46.

(2) Com. 26 janvier 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 27 ; Rev. trim. dr. com. 1971, p. 1050, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 35-A, p. 120, obs. M. CABRILLAC. — Cette décision a été rendue à propos de la nullité d'un crédit matérialisé par des traites, nullité encourue pour infraction à la réglementation du crédit (non respect de l'obligation de payer comptant un certain pourcentage du prix total). Lorsqu'on sait la fréquence de telles situations, on ne peut qu'accorder plus de valeur à la solution dégagée. — Adde sur la même situation : Montpellier, 2^e ch., 4 mars 1969. Cecico c/Mirailles - inédit.

(3) Com. 28 novembre 1972, Bull. civ. 1972, n° 312, p. 291 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 212 ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 304, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(4) Comp. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées, p. 305 : « l'engagement cambiaire du tiré accepteur a pour cause l'obligation contractuelle de remboursement... qui disparaît rétroactivement avec l'annulation du contrat de prêt ».

(5) Arrêt précité ; il faut noter que cet arrêt casse la décision d'appel pour défaut de base légale, le visa ne concernant que le seul alinéa 7 de l'art. 130 C. com.

(6) G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 2, 7^e ed°, n° 2047, p. 158.

incapacité du débiteur. La caution simple demeure, en de telles circonstances, tenue de régler la dette (article 2012 al. 2. C. civ.) (1), à condition il est vrai qu'elle ait eu connaissance de l'incapacité du débiteur. Malgré l'autonomie du droit cambiaire l'on ne saurait libérer l'avaliste quand la caution simple reste tenue. L'accord des solutions peut être trouvé dans la connaissance du vice par l'avaliseur ; modifiant la nature de son engagement, cette connaissance le transforme en promesse de porte-fort. L'intéressé acquiert la qualité de codébiteur solidaire de l'acte et sa signature devient indépendante.

D'autre part, la seconde difficulté concerne le donneur d'aval d'un débiteur non tenu cambiairement. Selon une opinion autorisée, l'avaliseur du tiré non accepteur ou d'un signataire dégagé de la solidarité cambiaire par la clause «sans garantie» serait libéré (2). L'hypothèse, sans pouvoir être qualifiée d'école, n'en demeure pas moins rare (3). Il est peu fréquent et d'une singulière curiosité qu'un tiré demande à autrui de signer une traite que lui-même refuse de signer, ou qu'un endosseur requière d'un avaliseur la garantie que lui-même refuse d'accorder. Lorsque néanmoins la situation se rencontre, elle pose un problème ardu à résoudre : si le droit cambiaire ne doit pas jouer, il est permis de s'interroger sur l'existence d'un engagement fondamental qui découlerait de l'aval (4).

Au terme de ce rapide tableau du domaine de la survie du seul aval à une cause de disparition de l'engagement du débiteur garanti, il apparaît que la dissociation des deux obligations demeure limitée. La règle de la survie de l'aval se conçoit dans la mesure où elle découle de l'application des principes directeurs du droit cambiaire, et notamment la règle de l'indépendance des signatures. La connaissance du vice par le porteur faisant obstacle à cette survie, l'homogénéité du droit cambiaire est préservée. Elle sert de fondement et de limite à cette survie, tout comme l'homogénéité du droit des liquidations collectives de passif donnait les justifications et les bornes de la survie du cautionnement d'un concordat. La dernière hypothèse de survie du cautionnement répond à la même fin que les précédentes, mais elle repose sur une technique opposée.

b) La survie du cautionnement justifiée par l'hétérogénéité de la nature de l'engagement

218. — **Plan.** S'il est une règle du droit du cautionnement qui, en raison de son obscurité et des formules sibyllines utilisées, mérite la critique, c'est

(1) Cf. infra n° 218 et suiv.

(2) P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1., n° 504 in fine, p. 569. — R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n° 243, p. 205.

(3) Cf. Trib. gr. inst. Strasbourg, 3 octobre 1973, D. 1975, p. 718, note R. TENDLER ; Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 868-869, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(4) Cf. sur ce point les remarquables observations précitées de M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

bien l'alinéa 2 de l'article 2012 C. civ. (1). L'apparente simplicité du texte dissimule en réalité une imprécision, une indétermination graves. Les tentatives faites pour concilier cet article avec les autres règles du cautionnement ont conduit la doctrine, en l'absence de prise de position jurisprudentielle, à interpréter la règle légale de façon très restrictive. Les contradictions relevées chez le législateur permettent de supposer une erreur de sa part. Raisonnant sur une idée ponctuelle, il a donné à sa formule un tour général qu'elle ne pouvait supporter. Force est donc de ramener la survie du cautionnement au rôle d'exception casuelle qu'elle n'a jamais pu dépasser. Cette démarche peut être rapidement retracée à travers l'étude du fondement (1°) et de l'application de cette exception (2°).

1° *Le fondement de l'article 2012, alinéa 2 du Code civil*

Imposer la validité du cautionnement d'une obligation nulle, juste après avoir affirmé le principe de son extinction réflexe, ne peut se justifier que par des raisons sérieuses. Le législateur n'a que fort peu exposé, dans les travaux préparatoires, ces raisons. Tout au plus peut-on dégager une justification reposant sur la conception économique et historique du cautionnement (α). Il faut ensuite par un effort propre transposer ces justifications au plan juridique (β).

219. — Justifications économiques et historiques. α - *Le contexte historique et économique* du cautionnement permet de mieux comprendre une règle qui fait peser sur la seule caution la charge des obligations d'un incapable. A Rome tout comme aujourd'hui, il est courant que le créancier d'un mineur demande l'engagement d'une personne autre que son débiteur. La recherche d'un patrimoine plus solide et surtout moins protégé que celui d'un mineur conduit souvent à exiger l'engagement du père. Les racines familiales du cautionnement dans la famille-souche romaine ne s'expliquent pas autrement. L'engagement d'un père pouvait prendre la forme de celui d'un codébiteur non intéressé à la dette (article 1216 C. civ.). La faible fréquence de cet engagement aux contours mal déterminés ne favorisait pas son utilisation et a permis le développement du cautionnement. La caution doit remplir, lorsqu'elle garantit la dette d'un incapable, son rôle fondamental : augmenter le crédit de l'incapable en offrant au créancier la sécurité par l'assurance d'être payé au cas de défaillance ou de disparition du débiteur principal. La seule possibilité de satisfaire à cette exigence est de maintenir la caution dans les liens de l'obligation quand bien même la dette principale serait rescindée pour incapacité.

(1) Art. 2012, al. 2. C. civ. : « on peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité ».

Cette nécessité s'est de tout temps fait sentir ; elle était accomplie par les règles de la sponsio (pour les citoyens romains) et de la fidepromissio (réservée aux étrangers) qui conservaient en vigueur le cautionnement de toute obligation nulle (1). L'apparition de la fidejussio permit de libérer la caution en cas de nullité mais les jurisconsultes maintinrent le cautionnement de l'incapable par le biais de la garantie d'une obligation naturelle (2). Le cautionnement franc, puis féodal aboutit par les mêmes voies à des résultats identiques.

L'évolution se poursuit, mais la doctrine conserve l'exception, «l'anomalie» (3) de la survie du cautionnement en cas de nullité pour incapacité. DOMAT précise que «celui qui s'est rendu caution d'une personne qui peut se faire relever de son obligation, comme d'un mineur ou d'un prodigue interdit, n'est pas déchargé du cautionnement par la restitution du principal obligé» (4). POTHIER puisa la règle sans l'expliquer et elle passa ainsi dans le Code civil. Les travaux préparatoires démontrent à l'envie que seule l'hypothèse de la minorité du débiteur principal fut envisagée (5). Le commentaire de la règle allait cependant poser des problèmes aux exégètes du XIXe s.

220. — Justification juridique : le porte-fort. β - *Comment analyser en droit cette règle* qui s'oppose à tous les principes directeurs du cautionnement ? Nombreux furent ceux qui reprirent la position de DOMAT et de POTHIER et virent dans l'article 2012 al. 2 C. civ. le cautionnement d'une obligation naturelle (6). L'explication n'était pas satisfaisante,

(1) Cf. G. BOULVERT : *La validité de l'obligation principale dans le cautionnement «verbis» d'après Gaius, III, 119 et 119-A*, Mélanges A. AUDINET, Paris, P.U.F., 1968, pp. 7 à 41, spécialement pp. 9 à 26. — Adde pour une optique générale : P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, Les obligations, Paris, P.U.F. (Coll. Thémis) 2^e ed^o, 1969, n^o 311, pp. 339 à 341. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix, 1959, Dactyl., n^o 6 à 25, pp. 13 à 26. — M. GAMBIER : *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français*, Thèse, Caen 1896, ed^o Caen (1896).

(2) Voir la remarquable analyse de cette technique, par Mr. G. BOULVERT : article précité, pp. 30 à 41. — Adde : R. THISSE : *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité*, Thèse, Montpellier, 1895. M. JARRIAU : *De la fidejussio en droit romain. Des effets du cautionnement en droit français*, Thèse, Poitiers, 1881.

(3) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, 1895, n^o 56, p. 62.

(4) J. DOMAT : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^e partie, liv. III, tit. IV, Sect. I., n^o 10, 2^e ed^o, Paris, J.B. COIGNARD, 1695.

(5) P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2011-2020 (2^e fasc.), n^o 72.

(6) M. DURANTON : *Cours de droit civil français*, 4^e ed^o, 1884, t. 18, n^o 306 et 308. — D.A. PONSOT : *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris, 1844, n^o 63 et n^o 65. — P. PONT : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 9, *Des petits contrats*, Paris, 1867, n^o 42, p. 25 et les références doctrinales citées note 2. — A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, t. 8, Paris, 1884, n^o 241 bis, I, p. 238.

d'autant que la notion d'obligation naturelle évoluait et ne permettait plus le support d'un cautionnement.

L'idée surgit de mieux analyser la nature de l'engagement de la caution et d'y voir une promesse de porte-fort. LAURENT n'y est sûrement pas étranger qui, sans l'avoir expressément formulée, l'a néanmoins suggérée tout au long de sa virulente diatribe contre «l'anomalie» que constitue la disposition de l'article 2012 al. 2. C. civ. (1). Il fut suivi par les auteurs modernes (2) qui n'hésitent pas à parler d'erreur de terminologie du législateur (3) pour retenir à titre principal ou à titre accessoire la nature de promesse de porte-fort (4). Certains cependant n'ont pas suivi l'évolution (5), ne se prononcent pas (6) ou restent dubitatifs (7).

La jurisprudence n'éclaire pas le débat, car elle n'a eu que rarement l'occasion de trancher des litiges relatifs à cette question, et encore l'a-t-elle fait sans rien laisser augurer de sa conception du problème (8).

L'inclusion de la promesse de porte-fort dans l'engagement de la caution entraîne l'hétérogénéité de sa nature. C'est justement cette complexité de l'engagement qui permet de justifier la survie du cautionnement après la

(1) F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, 4^e ed^o, Paris, 1887, t. 28, n^o 136 à 140, pp. 141 à 153 ; et encore à propos des obligations naturelles qu'il estime insusceptibles de cautionnement : n^o 141 à 148, pp. 153 à 159. Respectueux du Code, LAURENT accepte cependant la règle qu'il s'efforce d'interpréter dans un sens compatible avec ses principes.

(2) C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, 1948, n^o 85, p. 91. — P. ESMEIN, dans la 6^e ed^o du tome 6 d'AUBRY et RAU (1951), § 424 in fine, p. 275. Les cinq précédentes éditions rattachaient plutôt la règle au cautionnement d'une obligation naturelle. La position d'ESMEIN est reprise par A. PONSARD dans la 7^e ed^o (1975), n^o 221, § 424, p. 326. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, 1957, n^o 1876, p. 675. — H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 1^e vol., 5^e ed^o, n^o 17, p. 24..

(3) J. FLOUR : *Cours de droit civil*, 3^e année de licence, 1965-1966, Paris, Les cours de droit, p. 114. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed^o, V^o CAUTIONNEMENT (1970), n^o 57.

(4) En faveur de la dualité de natures : P. SIMLER : *J. Cl. civ.* Art. 2011-2020, 2^e fasc., n^o 85. — G. GOUBEAUX : *La règle de l'accessoire en droit privé*, Thèse précitée, n^o 53-a), p. 93.

(5) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, 1907, n^o 946, p. 507.

(6) M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 1^e ed^o, (1932) et 2^e ed^o (1954), n^o 1518, p. 878 et p. 971.

(7) P. RAYNAUD : *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, 1962-1963, Paris, Les cours de droit, pp. 642-643 (Le même propos est tenu dans le cours de 1968-1969). — G. MARTY et P. RAYNAUD : *Droit civil*, t. 3, 1^e vol., 1971, n^o 545-b, p. 338.

(8) La Cour de Paris a tranché deux fois cette question mais n'a jamais donné de qualification juridique : — 16 novembre 1892, D.P. 1893, 2, 227 ; Gaz. Pal. 1893, 2, 10 ; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, 1^e vol., 5^e ed^o, 1977, 2^e leçon, lectures I, pp. 33 et 34. — 20 mars 1956 : J.C.P. 1956, II, 9401, note Pierre MAZEAUD.

nullité de l'obligation principale (1). Cette conception nouvelle, si elle autorise la survie du cautionnement porte-fort, influe sensiblement sur le domaine d'application de l'exception.

2° *L'étendue de l'application de l'article 2012 alinéa 2 du Code civil*

221. — Limitation à l'incapacité connue par la caution. La combinaison des règles du cautionnement et du porte-fort entraîne des restrictions à l'étendue de la survie du seul cautionnement. Trois degrés successifs de restriction doivent être apportés.

D'abord et conformément au texte même de l'article 2012 al. 2. C. civ., l'exception de survie ne peut concerner que des cas de nullité (2). Toutes les autres exceptions reposant sur une disparition autre que la nullité font tomber le cautionnement comme l'obligation principale.

Ensuite, et là apparaît le premier effet de l'hétérogénéité de la nature de l'engagement, l'exception ne concerne, de l'avis unanime, que les hypothèses où la caution a eu connaissance, avant de contracter, du vice infectant l'engagement du débiteur. Cette condition est indispensable pour qu'il y ait réellement une coloration de porte-fort dans la décision de la caution. La nullité de l'obligation principale supprime toute action récursoire à la caution. Or le recours en remboursement est de l'essence du cautionnement. Il ne peut disparaître que de l'accord de la caution, qui amende alors la nature de sa garantie (3).

Enfin, et c'est le troisième degré de restriction, un tel cautionnement porte-fort ne peut concerner que les nullités pour incapacité (4) (5). Ce sont en effet

(1) Comp. G. COUTURIER : *La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris, 1969, L.G.D.J. 1972 (Bibl. dr. privé. t. 121, préf. J. FLOUR) n° 51, pp. 36 et 37, qui présente une explication très voisine : la caution resterait tenue au cas d'incapacité du débiteur principal parce qu'elle ne serait pas titulaire du droit de critiquer l'acte principal. On peut effectivement voir dans l'engagement de la caution en pleine connaissance de l'incapacité du débiteur une cause de renonciation ou d'absence du droit de critique.

(2) Article 2012 al. 2. C. civ. : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être *annulée*... ».

(3) Cf. notamment : C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed°, n° 95, pp. 90 et 91. — H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 1^e vol., 5^e ed°, 1977, n° 17 in fine p. 24. — Adde : Paris 16 novembre 1892, précité.

(4) Cf. P. SIMLER : op. cit., n° 76.. et les références tant doctrinales que jurisprudentielles citées.

(5) Il faut assimiler le défaut de pouvoir au défaut de capacité : Civ.1, 27 avril 1976, D. 1976, I.R., p. 198, V° Cautionnement (2^e arrêt) ; Gaz. Pal. 1976, 2, Som., p. 187 ; Chron. dr. banc. de C. GAVALDA et J. STOUFFLET, J.C.P. 1978, I, 2902, n° 79. (arrêt non publié au bulletin) ; décision rendue à propos du défaut de pouvoirs d'un gérant de S.A.R.L. pour engager sa société dans l'opération cautionnée.

les seules que la caution ait pu connaître lors de son engagement. Il faut donc limiter la survie du cautionnement au seul cas d'incapacité du débiteur que la caution a connu quand elle a garanti sa dette (1).

Un tel champ d'application est plus large que le seul exemple cité par le législateur dans l'article 2012 al. 2. et qui concerne la minorité. Il est cependant restreint au regard de la généralité de la formule liminaire qui vise toute «exception purement personnelle à l'obligé». De la certitude que le législateur ne concevait aucune définition d'une telle exception il est permis de lui donner un contenu restreint, seul compatible avec le droit du cautionnement. C'est pourquoi la doctrine unanime n'entend par exception purement personnelle à l'obligé que les nullités pour incapacité (2). Ainsi les termes de l'article 2012 al. 2. C. civ. et de l'article 2036 al. 2. du même code trouvent-ils une acception commune et satisfaisante (3).

L'intérêt pratique de ces dispositions est à la mesure de leur domaine d'application : relativement réduit. Limité aux hypothèses d'incapacité du débiteur principal, la survie du cautionnement n'est que fort peu fréquente. Après la femme mariée, totalement capable depuis la loi du 22 novembre 1942, le mineur vient à son tour de s'extraire presque totalement du cadre de l'article 2012 al. 2. C. civ. La loi du 5 juillet 1974 en abaissant à 18 ans l'âge de la majorité civile et à 16 ans celui de l'émancipation, ôte la protection légale à la tranche d'âge la plus susceptible de contracter en dépit de son incapacité. La tendance moderne à réduire les incapacités de protection engendre donc une restriction supplémentaire aux possibilités d'application et donc à l'intérêt de l'article 2012 al. 2. C. civ. (4).

Bien que peu fréquente, cette dernière cause de survie du cautionnement n'en contribue pas moins avec les autres à restreindre le domaine de la caducité lorsque l'engagement principal disparaît rétroactivement. Ainsi cerné, ce domaine peut à présent être exploré.

(1) Pour l'application aux différentes sortes d'incapacités, cf. : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n^o 945, pp. 505 et 506. Cependant ces auteurs maintiennent le cautionnement même en cas d'ignorance de la caution. — P. SIMLER : op. cit., n^o 77 à n^o 81. — C. AUBRY, C. RAU et A. PONSARD : t. 6, 7^e ed^o, n^o 221 in fine, § 424, p. 326.

(2) F. LAURENT : op. cit., n^o 135, p. 144. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n^o 945, p. 505. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n^o 85, p. 90. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n^o 1876, p. 675. — P. JESTAZ : op. cit., n^o 59. — P. SIMLER : op. cit., n^o 76. — C. AUBRY, C. RAU et A. PONSARD : t. 6, 7^e ed^o, n^o 228, § 426, p. 335.

(3) En ce sens : P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n^o 95.

(4) C'est notamment pour cette raison que le comité, chargé par l'Office de révision du Code civil du Québec de l'étude du cautionnement, a proposé d'abroger purement et simplement le texte contenant ces dispositions (art. 1932 al. 2. C. civ. du Québec) (*Rapport XXXIII du Comité du contrat de cautionnement*, Montréal, 1975, p. 4). La même solution a été proposée par une association de juristes en ce qui concerne l'art. 1858 al. 2. du Code civil néerlandais de 1838 : (cf. : *Rapport du Max Planck Institut sur «Le cautionnement dans le droit des Etats membres des Communautés européennes»*, 1969, n^o 62, p. 69).

Paragraphe 2

L'INVENTAIRE DU DOMAINE RESTREINT DE LA CADUCITE PAR DISPARITION RETROACTIVE DE L'ENGAGEMENT PRINCIPAL

222. — **Plan.** Nous trouvons ici l'aboutissement de notre longue démarche pour cerner le domaine où la caducité va pouvoir jouer. Cette démarche utile consacre le relief particulier de ces hypothèses de caducité. Alors que l'évènement générateur de la disparition a, en principe, un effet rétroactif, le caractère accessoire va faire échapper le cautionnement à cette rétroactivité.

Le cautionnement peut trouver l'appui nécessaire à sa caducité dans la survie exceptionnelle de l'engagement principal. Lorsque la rétroactivité se détache du réel pour être totalement artificielle, comme dans la résolution pour inexécution, elle devient parfois plus gênante qu'utile. Dans ces circonstances, il faut lui refuser toute efficacité pour lui préférer la résiliation. Ce choix n'est pas sans influence sur l'extinction du cautionnement puisqu'il y a absence de rétroactivité (A).

D'autres fois la rétroactivité quitte son manteau de logique abstraite pour faire partie intégrante de la notion qu'elle accompagne ; ainsi au cas de nullité ou de condition résolutoire. Or cette rétroactivité se heurte bien souvent à la réalité concrète. Pour effacer les difficultés qui naissent de cette incompatibilité, il est nécessaire de recourir à des compensations, des correctifs qui prendront la forme d'indemnités. Le cautionnement, sans changer de nature, se met au service de l'engagement principal dénaturé qui se substitue à l'ancien. Il comble l'intervalle entre la disparition de l'engagement principal et la survenance de l'évènement destructeur pour n'être atteint que de caducité (B).

A — Caducité reposant sur l'absence de rétroactivité

223. — **Motifs - exemples.** Pour mieux s'imposer, la rétroactivité se pare parfois des atours de la protection. Ainsi a-t-on comparé la rétroactivité qui accompagne la résolution pour inexécution à une garantie aussi efficace qu'une sûreté réelle (1). Grâce à la rétroactivité, le créancier de l'inexécution qui s'était

(1) J. DEPREZ : *Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. 17, 1964, Paris, Dalloz, 1968, pp. 28 à 67, spécialement p. 48.

lui-même exécuté pourra reprendre en nature la prestation qu'il avait fournie. La même constatation peut être étendue à la résolution pour vices cachés de la chose vendue : l'acquéreur, au cas d'échange par exemple, rentrera dans ses droits sur la chose qu'il avait lui-même livrée. Une telle rétroactivité, totalement artificielle, peut être modelée et écartée en cas de gêne (1).

L'inutilité ou l'impossibilité de la rétroactivité doivent conduire à son refus, puisqu'elle ne remplirait plus sa fonction de protection. Les contrats à exécution successive offrent le terrain d'élection de cette exclusion de la rétroactivité (2). La résolution fait place à la résiliation (3). Deux raisons expliquent l'inopportunité de la rétroactivité.

D'une part les parties peuvent s'estimer totalement satisfaites du fonctionnement passé du contrat. Qu'une inexécution soit apparue en cours de fonctionnement n'ôte rien à la perfection du déroulement antérieur des opérations. Bien qu'une restitution in integrum réciproque soit possible, le créancier de l'inexécution sera mieux protégé par une dissolution pour l'avenir seulement (4).

D'autre part, et bien plus souvent, le retour en nature des prestations est impossible. La rétroactivité se heurte aux situations de fait engendrées par le contrat (5). Lorsque la prestation a été consommée ou remise à un tiers, lorsqu'elle consiste en des activités personnelles ou en la jouissance d'un droit concédé, il est préférable de refuser la rétroactivité (6). Bien que possible elle conduirait à des réparations par équivalent qu'il est plus réaliste d'éviter.

Les mêmes raisons conduisent aux mêmes solutions en cas de vices affectant la chose vendue. L'acquéreur reste libre de demander la résolution rétroactive ou d'obtenir, par l'action estimatoire, une diminution du prix.

Dans toutes ces hypothèses, la résiliation n'entraîne l'extinction du contrat que pour l'avenir. La rétroactivité de la disparition de l'obligation principale est tenue en échec. Celle du cautionnement doit l'être également. A l'extinction de

(1) J. DEPREZ : art. précité, p. 49.

(2) Comp. cependant la très acerbe critique de Mr. M. CORENBLIT pour qui « la résolution doit produire son plein effet quel que soit le contrat auquel elle s'applique », à exécution instantanée ou successive, Thèse, *Critique de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive au point de vue de l'application des art. 1183 et 1184 C. civ.*, Grenoble, 1940, ed. impr. Louis Jean, pp. 181-182. Pour l'argumentation de cette position, cf. : pp. 79 à 132.

(3) Cf. la formule particulièrement nette de la Cour de cassation : « La résolution judiciaire emporte anéantissement des obligations nées du contrat et donne lieu à répétition de celles déjà exécutées, sans que, pour les contrats synallagmatiques à exécution successive, cette rétroactivité remonte au-delà de la date à partir de laquelle le débiteur a rempli son obligation ». Com. 3 janvier 1972, D. 1972, 2, 649 ; J.C.P. 1972, IV, p. 40, Vis Contrats et obligations. Noter cependant qu'un lapsus calami s'est glissé dans la partie terminale de la formule qu'il faut lire : « au-delà de la date à partir de laquelle le débiteur a cessé de remplir son obligation ».

(4) Cf. J. DEPREZ : art. précité, p. 49-b.

(5) R. JAMBU-MERLIN : *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, Rev. trim. dr. civ. 1948, pp. 271-s, spécialement n° 11.

(6) Cf. L. BOYER : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, Vis Contrats et obligations (1971), n° 253, et la jurisprudence citée.

l'obligation principale correspond celle du cautionnement. Tout comme dans le parallélisme qui était établi entre les disparitions rétroactives des obligations principales et accessoires, l'extinction de ces obligations n'est assimilable que quant à son étendue, non quant à sa nature. Alors que la résiliation de l'engagement principal est marqué du sceau de l'inexécution, celle du cautionnement est d'une neutralité parfaite (1). Seule la caducité permet de respecter cette neutralité. La qualification ne fait ici aucune difficulté, à la différence des cas où des correctifs sont apportés aux effets de la rétroactivité.

B — Caducité reposant sur divers correctifs de la rétroactivité

224. — Importance de la nature du correctif. La rétroactivité ne s'érige pas sur une assise purement artificielle. Elle trouve sa source dans l'apparente nécessité de faire disparaître totalement les effets d'un acte dont on supprime non seulement l'existence mais également le souvenir. De cette constatation, la rétroactivité est devenue règle à la suite d'une abstraction juridique. Ainsi est-elle la conséquence de principe qui s'attache à toute nullité ou à toute condition résolutoire. Il arrive fréquemment cependant que la règle abstraite se heurte aux contingences concrètes : il faut alors ménager la rétroactivité, amoindrir ses effets désastreux.

Le palliatif a été trouvé dans l'octroi d'une indemnisation qui corrige la rigueur de la rétroactivité. Cette compensation est-elle le prolongement du contrat, et le cautionnement devrait en garantir le versement, ou bien n'est-elle que le résultat d'une situation quasi-délictuelle, et la caution serait libérée ? De l'étude de l'indemnisation dépend le sort du cautionnement. Le fondement de la compensation qui concerne tantôt un avantage reçu (a), tantôt un préjudice (b) est variable. Le cautionnement suivra ces variations.

a) Les correctifs compensant un avantage reçu

225. — Survie du contrat principal et caducité du cautionnement. Dans les contrats à exécution successive, lorsque la découverte du vice cause de la nullité ou lorsque la survenance de l'événement réalisant la condition résolutoire

(1) Comp. la situation dans laquelle une société de fait remplace la société débitrice annulée rétroactivement. L'obligation principale demeure, et le cautionnement y reste attaché jusqu'à la liquidation de cette société de fait ; la cause de nullité qui met fin à l'existence du débiteur, et qui fait disparaître pour l'avenir les conventions qui le concernaient, n'influe pas sur la nature de la disparition du cautionnement caduc. Douai 26 février 1948, Rev. soc. 1950, p. 130 ; Banque 1950, p. 639, obs. X. MARIN.

ont lieu après un certain temps d'exécution, les prestations déjà exécutées peuvent ne pas être restituables. Ainsi l'enrichissement de l'employeur dû au travail fourni par le salarié, ainsi la jouissance du locataire résultant de la disposition du bien sont irréversiblement acquis.

Deux solutions sont alors ouvertes. Ou bien on freine la rétroactivité et l'on maintient les effets passés du contrat : contre son travail le salarié conserve le salaire perçu ; contre la jouissance fournie le bailleur conserve les loyers, le titulaire du brevet en licence ses redevances. Ou bien l'on respecte le principe de rétroactivité de la disparition et l'on ne fait que compenser les avantages reçus par des indemnités. Au plan pratique la solution aboutit au même résultat et les tribunaux y ont très fréquemment recours (1). Au plan théorique la nature du droit de conserver les compensations déjà perçues ou de bénéficier de compensations non encore versées fait difficulté (2). Pour le contrat de travail, on a justifié de telles mesures par la notion de relation de travail (3). Ce n'est donc pas réellement l'obligation contractuelle qui survit, mais un lien juridique qui en est proche. Propre à ce seul contrat, cette technique, d'ailleurs critiquée (4), ne peut être étendue aux autres. Le problème reste entier. Nombreux sont les partisans d'une survie jusqu'à extinction de l'obligation contractuelle (5).

Pour ce qui nous concerne, c'est-à-dire l'extinction du cautionnement, il suffit que l'origine du droit à conserver les prestations perçues ou à réclamer leur versement soit contractuelle. Même si le lien avec le contrat est tenu, même si c'est par l'intermédiaire d'une responsabilité contractuelle que l'indemnité est accordée, le cautionnement s'éteindra au lieu de disparaître rétroactivement (6).

(1) Pour le contrat de travail : Soc. 15 mars 1945, D. 1945, 303 ; Gaz. Pal. 1945, 1, 204 ; Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 195, obs. J. CARBONNIER. — Pour la cession de brevet d'invention : Civ. 29 juillet 1891, S. 1891, 1, 393. — Pour le bail : Req. 3 août 1876, D. 1877, 1, 77 ; S. 1877, 1, 311. Dans ces trois domaines, la jurisprudence est constante depuis ces arrêts.

(2) Cf. A. PIEDELIEVRE : *Quelques réflexions sur la maxime «quod nullum est, nullum producit effectum»*, Mélanges P. VOIRIN, pp. 638 à 653, spécialement pp. 641 et 642.

(3) C. FREYRIA : *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, Droit social, 1960, pp. 619 et suiv., n° 4.

(4) Cf. A. PIEDELIEVRE : art. précité, p. 642.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2 : pour l'hypothèse de nullité : n° 213 bis, pp. 193 et 194 ; pour l'hypothèse de condition résolutoire : n° 763, p. 770. — A. PONSARD et P. BLONDEL : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, V° NULLITE, 1973, n° 176 et 177. — P. MALAURIE : Note au Dalloz 1958, p. 221-s, sous Soc. 8 avril 1957.

(6) Le cautionnement, même pur et simple, d'une obligation englobe en effet ses accessoires (art. 2016 C. civ.). Parmi eux sont généralement compris les dommages-intérêts d'origine contractuelle, en raison de leur lien avec l'inexécution : Req. 22 juillet 1891, D. 1893, 1, 259 ; S. 1893, 1, 310. — Adde : P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2011-2020 (3^e fasc.), n° 54.

En revanche si l'on penche pour une origine quasi délictuelle de l'indemnité le cautionnement disparaît rétroactivement et ne garantit pas le règlement de l'indemnité (1). Cette solution très favorable à la caution (2), ne répond cependant pas aux exigences du cautionnement.

Il nous paraît préférable de considérer que le contrat principal survit dans la mesure du nécessaire pour s'éteindre avec la révélation de l'événement générateur de la nullité ou de la condition résolutoire (3). Le cautionnement s'éteindra de la même façon, mais avec la neutralité que confère la caducité.

L'avantage qu'il fallait compenser était né du contrat. Il est logique que les contreparties prévues par le contrat s'appliquent. Cet argument suffit à justifier la solution ; son absence dans la seconde catégorie d'indemnisation fait rebondir le problème.

b) Les correctifs compensant un préjudice

226. — Nature de la responsabilité civile qui les détermine. Le demandeur à la nullité peut invoquer un événement dont il est seul responsable : vice de forme survenu par sa négligence, erreur inexcusable, etc... Il est donc responsable d'une disparition de l'acte qui ne serait pas intervenue sans sa faute. La rétroactivité qui accompagne la nullité portera très souvent un préjudice plus ou moins grave à son cocontractant. Celui-ci pourra demander au juge de ne pas prononcer la nullité, un tel refus étant une sanction contre le fautif (4). Cependant une telle solution manque de justification (5). Elle ne s'est imposée

(1) Civ.3, 14 novembre 1973, Bull. civ. 1973, III, n° 579, p. 422 ; J.C.P. 1973, IV, p. 420, V° Cautionnement. — Statuant sur une matière voisine du problème étudié au texte, la Cour de cassation aborde la question de la garantie d'une somme d'origine quasi-délictuelle. Par une incidente et un motif surabondant marquant nettement son intention, elle l'exclut de la couverture due par la caution, supprimant ainsi le doute entretenu par les juridictions du fond. — Adde, mais avec une formule moins nette : Civ. 21 juillet 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 199 ; D. 1970, 671.

(2) C'est la raison pour laquelle elle a été adoptée par certaines juridictions du fond : Douai 23 mai 1966, D. 1966, 606 ; Gaz. Pal. 1966, 2, 102. — Bordeaux 2 décembre 1969, Gaz. Pal. 1971, I, Somm., p. 39.

(3) Cette solution est renforcée en matière de condition résolutoire par la possibilité ouverte par la jurisprudence aux parties de stipuler que la condition ne rétroagira pas. Cf. : J. CARBONNIER, *droit civil*, t. 4, 7^e ed°, 1972, n° 63, Etat des question, b, p. 209 in fine.

(4) Cf. J. SCHMIDT : *La sanction de la faute précontractuelle*, Rev. trim. dr. civ. 1974, pp. 46 à 73, spécialement n° 33 à 38, pp. 66 à 68, et les références citées notes 100, 103, et 105. — En faveur de cette solution : Req. 11 février 1878, S. 1879, I, 196 ; Civ. 2 mars 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 122, p. 91 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, 112, obs. J. CHEVALLIER. — Adde : les commentaires et les décisions citées par C. GIVERDON, *J. Cl. civ.* art. 1304 - 1314, fasc. 3, n° 37 à 41.

(5) Cf. J. FLOUR et J.L. AUBERT : *Les obligations*, vol. 1, 1975, n° 372, p. 291. — Nous pensons qu'il ne faut pas y voir une technique de réparation du préjudice mais un moyen d'éviter la survenance d'un préjudice. En ce sens, le procédé devient une déchéance (cf. infra n° 376).

ni en doctrine, ni en jurisprudence. Lui est préférée la technique qui consiste à indemniser le préjudice né de la nullité soit par la conservation des prestations versées par le fautif, soit par le versement de dommages-intérêts supplémentaires.

Le cautionnement indéterminé des obligations contractuelles garantit-il cette indemnité ? La solution réside dans la nature de la responsabilité mise en jeu. Si l'on rattache cette indemnité au contrat, la responsabilité encourue est contractuelle : il s'agit d'une réparation par équivalent que le cautionnement couvre (1). Si la faute est dégagée du contrat pour s'intégrer dans la responsabilité quasi-délictuelle, la caution est rétroactivement libérée.

La question de la nature de la responsabilité civile issue d'un contrat nul a été, à juste titre, qualifiée d'académique (2). Les tribunaux se sont peu prononcés sur la question, et encore de façon très cauteleuse. Deux décisions de la Cour d'appel de Paris alimentent le débat. D'une part cette juridiction a jugé que la responsabilité issue d'un contrat nul était quasi-délictuelle (3). Mais d'autre part elle avait déjà considéré que l'indemnité compensant le préjudice résultant d'une nullité fautive entraînait dans la garantie due par la caution (4). Or une telle décision implique nécessairement le rattachement de la faute à la responsabilité contractuelle.

Les hésitations de cette jurisprudence ne rendent que plus délicate l'élaboration d'une théorie d'ensemble de la question (5). Trois propositions peuvent être formées pour dégager la nature de la responsabilité découlant d'une nullité. En marge du contrat, cette responsabilité serait quasi-délictuelle, pré-contractuelle ou para-contractuelle.

La qualification quasi-délictuelle a pour elle le mérite d'une simplicité que renforce une certaine logique. Puisque le contrat est nul, et en application de la maxime «quod nullum est, nullum producit effectum», il doit disparaître totalement, sans laisser de trace. De ce néant ne peut sortir aucun fondement pour une responsabilité de nature contractuelle. Seule reste la faute de l'auteur du vice, qui ne peut s'apprécier que selon les règles des articles 1382 et suivants du Code civil (6).

(1) Cf. La justification, supra n° 225, note 6, p. 270.

(2) B. STARCK : *Droit civil. Obligations*, n° 1683, p. 509.

(3) Paris, 14 mai 1970, J.C.P. 1971, II, 16751.

(4) Paris 20 mars 1956, J.C.P. 1956, II, 9401, note Pierre MAZEAUD.

(5) Sur le problème et ses difficultés, cf. : A. LEGROS : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, Thèse, Dijon, 1901 ; P. ROUBIER : *Essai sur la responsabilité pré-contractuelle*, Thèse, Lyon, 1911. — Adde : La bibliographie citée par Mme J. SCHMIDT : *La sanction de la faute pré-contractuelle*, art. précité, n° 7, note 18, p. 51.

(6) En faveur de cette démonstration : G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, n° 214, p. 194. — H. et L. MAZEAUD et A. TUNC : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e ed°, 1965, n° 116 et suiv., pp. 148 et suiv. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1^e vol., 5^e ed°, n° 336, p. 284. — M. MEIGNIE : *Responsabilité et contrat. Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Thèse, Lille, 1924, pp. 123 et suiv.

La simplicité certes séduisante de cette première solution en constitue également sa faiblesse. On peut en effet reprocher d'une part l'aspect dogmatique du raisonnement (1) et d'autre part l'erreur de départ à considérer la nullité comme effaçant intégralement le contrat (2). L'on sait que la fictivité de la rétroactivité lui interdit d'être d'une efficacité totale ; il restera toujours des pièces du mécanisme contractuel ou des éléments de son contexte qui suffiront à fonder une responsabilité. C'est ainsi que la théorie présentée par JHERING trouve, non dans le contrat nul, mais dans l'avant-contrat préparatif, la source de la responsabilité (3). Cette théorie de la responsabilité pré-contractuelle n'a pas pour autant obtenu la faveur de la doctrine française (4).

227. — Suite. Responsabilité para-contractuelle. Puisque à vouloir rechercher dans les critères classiques les fondements du droit à réparation on se heurte au scepticisme ou au dogmatisme, pourquoi ne pas rechercher dans l'essence de la démarche des parties le fondement de leur responsabilité ? Le contexte dans lequel baigne la faute qui est à l'origine de la nullité est assurément contractuel. Donc, « si la responsabilité ne saurait être contractuelle, par suite de la nullité du contrat, les règles de la responsabilité - ou certaines d'entre elles - devraient être appliquées par analogie » (5). Le contrat est à l'origine de la rencontre des parties et de l'interpénétration de leurs intérêts respectifs. « L'élément initial de la responsabilité doit être recherché dans le cadre contractuel lui-même, puisque c'est précisément le défaut de contrat qui est à l'origine du préjudice » (6). La faute cause de nullité fait partie intégrante du mécanisme contractuel et la règle du non cumul des responsabilités, mieux qualifiée de « principe de non immixtion de la responsabilité délictuelle dans les rapports contractuels » (7) empêche le recours à la responsabilité quasi-délictuelle (8).

Le recours pur et simple aux régimes pré-constitués de responsabilité quasi-délictuelle ou contractuelle s'avère donc interdit. Fort heureusement « le régime

(1) B. STARCK : op. cit., n° 2230, p. 658.

(2) A. PIEDELIEVRE : *Quelques réflexions sur la maxime « quod nullum est, nullum producit effectum »*, art. précité, p. 643.

(3) R. Von JHERING : *Oeuvres choisies*, t. 2. : *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), Trad. par O. de MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, pp. 1 à 100, spécialement pp. 27 et suiv.

(4) Cf. en ce sens : M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN : t. 6., 2^e ed°, n° 324, pp. 411 et 412.

(5) B. STARCK : op. cit., n° 1683 in fine, p. 509, et les références doctrinales citées en ce sens, note 26, même page.

(6) A. PIEDELIEVRE : art. précité, p. 644.

(7) G. CORNU : *Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*. Etudes de droit contemporain (Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. 23). Congrès de Hambourg, 1962, Paris, CUJAS (1962), pp. 239 à 257, spécialement p. 241.

(8) R. RODIERE : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 2^e ed°, V° RESPONSABILITE (en général), 1975, n° 92 à 124, spécialement n° 93.

français de la responsabilité contractuelle se présente... comme très nuancé ; il paraît satisfaisant, eu égard à la diversité des situations, d'avoir toute une gamme de responsabilités diverses» (1). Aux fins de cette gamme et dans le prolongement des échappatoires que Monsieur le Doyen CORNU ouvre dans le régime ordinaire de la responsabilité contractuelle (2), gît une responsabilité d'ordre contractuel que d'aucuns ont appelé responsabilité para-contractuelle. Elle permet de saisir et de respecter le contexte contractuel, la volonté des parties d'entrer en contact, sans pour autant être lié par les règles qu'aurait fait naître le contrat.

Sa conséquence la plus importante est assurément le maintien du cautionnement. Couvrant les accessoires de la dette contractuelle et donc les dommages et intérêts qui pourraient en découler, il ne disparaîtra pas rétroactivement et ne s'éteindra qu'avec l'obligation principale. Cette survie du cautionnement concerne autant le cautionnement pur et simple que, a fortiori, le cautionnement très large que les banques par exemple exigent pour couvrir toutes les obligations nées de la responsabilité contractuelle.

Cette survie ne représente fort heureusement qu'un risque très circonscrit pour la caution. Elle ne débouchera dans la plupart des cas que sur une caducité sans conséquence pécuniaire. En effet les correctifs de la rétroactivité, qu'ils concernent un avantage reçu ou un préjudice, consistent à conserver les prestations déjà reçues. La caution est alors libérée par l'extinction automatique de son engagement pour cause d'exécution.

Cette caducité présente pour la caution un net avantage par rapport à la disparition rétroactive. Elle lui permet de conserver le prix de son service. En effet l'engagement éteint a eu une durée de vie effective entre sa création et la découverte du vice ; durant ce temps le cautionnement a rempli son office de sûreté en augmentant le crédit du débiteur et en rassurant le créancier. Il est donc juste de laisser à la caution la contrepartie exigée à l'origine pour le service rendu (3). Le revers de cet avantage réside dans l'obligation plausible d'avoir à couvrir le paiement des dommages et intérêts accordés au créancier à la place ou en sus des prestations contractuelles. Mais n'est-ce pas là le rôle de la caution et le but du cautionnement ?

228. — Conclusion. En conclusion de ces observations, il faut noter la marginalité de la caducité dans son application aux hypothèses de disparition rétroactive de l'engagement principal. En effet la caducité du cautionnement

(1) P. ESMEIN. *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, Mélanges G. RIPERT : *Le droit français au milieu du XXe s.* ; t. 2, pp. 101 à 115, spécialement n° 12, pp. 112 et 113.

(2) G. CORNU : art. précité, pp. 250 à 256, et particulièrement en conclusion, p. 257.

(3) Une solution équivalente résulterait, même en cas de disparition rétroactive, de l'octroi d'une indemnité compensatoire. La caution arguerait pour établir son préjudice du blocage de fonds à titre de provision pour risque de paiement. Cependant, le cautionnement étant encore un contrat gratuit par nature, les juges pourraient fort bien refuser cette indemnisation. Cette possibilité leur est ôtée par le recours à la caducité.

ne s'applique qu'en cas de résiliation du contrat principal ou encore pour corriger les effets de la nullité de l'obligation principale. Il n'en demeure pas moins que la mise en relief des hypothèses où la caducité s'insère dans ce cadre de la disparition rétroactive démontre la propension du cautionnement à survivre, ne serait-ce que temporairement, à l'engagement principal.

L'étendue de la première forme de caducité, qui découle de l'impossibilité d'exécuter l'engagement est bien plus vaste. Que l'impossibilité d'exécution soit juridique ou qu'elle soit matérielle, la caducité couvre tout le terrain. L'originalité de la sanction n'est pas dépourvue d'intérêts et le régime de la libération de la caution n'est pas l'un des moindres.

La mesure des effets de la caducité demeure encore imprécise. Une certitude se dégage cependant : la caducité est un événement extinctif car elle libère la caution pour l'avenir. Parfois, comme dans l'hypothèse où le cautionnement doit couvrir les correctifs apportés aux effets de la rétroactivité, cette libération est un handicap. Elle laisse la caution engagée alors que l'engagement principal disparaît rétroactivement. Il est cependant de la finalité du cautionnement de garantir les compensations imposées au débiteur. Le plus souvent en revanche la caducité fait figure d'avantage. Malgré l'inexécution du débiteur, la caution ne sera pas tenue de payer. C'est cependant dans la neutralité de la caducité qu'il faut voir son principal caractère, reflet de la stérilité qui frappe l'engagement.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME

LA STERILITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

229. — Rigueur des conditions d'extinction. La stérilité de l'engagement occasionne son extinction parce que le but de l'engagement n'est pas et ne pourra pas être atteint. A priori le plus grand préjudice est donc à craindre pour le créancier. Afin de l'éviter, la décharge de la caution ne peut se justifier que par des raisons majeures et à condition que l'équilibre entre les intérêts des parties ne soit pas détruit : tel est bien le cas puisque les conditions de mise en œuvre comme les effets de cette cause d'extinction préservent le créancier de toute iniquité.

1) *La mise en œuvre* de la prescription et de la caducité du cautionnement est suffisamment difficile pour respecter cet équilibre des intérêts.

La prescription, qui constate et sanctionne l'inutilité d'un engagement que le créancier n'a pas songé ou n'a pas voulu utiliser, est rendue équitable grâce

à l'application pondérée qu'en fait, en toutes matières, la jurisprudence. Elle est la technique juridique d'appréhension du temps d'inexécution, qui intègre dans le droit la situation de fait née du non-usage de l'engagement.

Phénomène objectif, la prescription joue à l'encontre de chacun des rapports de droit du cautionnement avec l'indépendance que lui confère l'existence d'engagements autonomes. La durée des délais, les points de départ, les causes de suspension et d'interruption sont propres à l'obligation principale et au cautionnement. Le cautionnement peut donc être prescrit avant l'obligation principale ; en revanche il ne peut lui survivre. En effet toute prescription du rapport principal prive la sûreté de son support. Dépourvu de but, l'engagement accessoire tombe.

La caducité, seconde source de stérilité, repose sur le principe même de la perte du but qui conférerait au cautionnement sa raison d'être. A la différence de la prescription, elle prévient et condamne la stérilité à venir d'un engagement qui ne pourra jamais aboutir à la satisfaction du créancier.

L'impossibilité matérielle ou juridique d'exécution qui a été objectivement constatée supprime, à compter de sa survenance, la raison d'exister de l'engagement. Mais il ne faut pas que le contractant qui n'a été que l'instrument du hasard en soit tenu responsable. L'homme a été contraint de reconnaître aux événements hors de sa portée une puissance extinctrice, annihilatrice des relations juridiques car l'impossible est hors du domaine du droit. Tout comme la force majeure empêche la responsabilité de naître, la caducité intervient en amont du flux contractuel et empêche l'inexécution de prospérer et de se muer en responsabilité.

La deuxième face de la caducité qui réside dans la disparition du support principal ne concerne que le seul cautionnement. Lorsque la dette garantie est annulée, résolue ou supprimée (1), le cautionnement l'accompagne dans sa disparition, sauf exceptions motivées par un contexte très particulier. Il n'y a toutefois caducité que lorsque la rétroactivité est amenuisée par la résiliation des contrats successifs ou est compensée par une indemnisation du créancier. Si l'indemnité revêt une nature contractuelle ou peut y être assimilée, le cautionnement doit en couvrir l'exécution. Ce cautionnement demeure effectif de sa conclusion à la survenance de la nullité ou de la suppression. Cette caducité apparaît ainsi sous l'aspect d'une faveur pour le créancier.

L'équilibre des intérêts n'est cependant pas rompu ; la caution demeure en effet à l'abri de toute manœuvre visant à faire illégitimement survivre son engagement. Si le droit propre dont dispose la caution de faire apparaître le défaut d'existence de l'obligation principale bute sur les opérations qui la valident objectivement (réduction, conversion, régularisation et validation), il est en revanche insensible à la confirmation émanant du débiteur.

(1) Cette suppression vise les hypothèses où le défaut d'existence du rapport juridique est constaté par aveu, transaction, serment décisive ou chose jugée... Cf. supra n° 197 et 198.

230. — Limites de la portée de l'extinction. 2) *La portée de l'extinction* née de la stérilité est limitée au strict nécessaire. L'engagement prescrit n'est démunie que de son action en justice, ce qui interdit au créancier de perturber l'ordre qu'il a laissé s'établir. La caducité n'éteint le cautionnement que dans la proportion de sa stérilité. Ainsi lorsque l'engagement est à exécution successive, la caducité n'officie que pour l'avenir.

Si ce phénomène ne lui est pas propre, il s'explique ici par le cantonnement à l'effet nécessaire pour obtenir le résultat recherché : écarter un engagement stérile. Les autres causes d'extinction pour l'avenir concernent non plus l'inexécution mais l'achèvement de la durée d'exécution : la dissolution de l'engagement.

TITRE TROISIEME

LA DISSOLUTION DES ENGAGEMENTS

231. — Aspects de la dissolution. L'engagement qui n'atteint pas son but premier et qui s'éteint indépendamment de la satisfaction du créancier n'est pas nécessairement défaillant. La satisfaction peut apparaître en filigrane derrière une institution qui en est totalement détachée mais elle n'est plus le pôle d'intérêt, la cause génératrice de l'extinction : elle n'est pas exclue, elle est primée.

La dissolution se situe à la lisière des phénomènes d'extinction ; le mot contient d'ailleurs la double évocation ignorée jusqu'ici d'une expiration et d'une liquidation. Lorsque la durée d'efficacité des engagements est close, le lien de droit générateur des obligations se dissout et celles qui sont déjà nées doivent être liquidées.

Le mécanisme est déclenché par la volonté, soit qu'elle prédétermine conventionnellement le terme soit qu'elle décide unilatéralement la résiliation. Les effets sont indépendants de la volonté et nécessairement limités à l'avenir. La volonté individuelle la plus hégémonique qui anime la résiliation est impuissante devant cette modération qui tient au domaine d'application de l'expiration. Cause d'extinction spéciale, elle ne s'applique qu'aux cautionnements à exécution successive. Dans ce champ restreint elle fait apparaître l'importance du temps dans le cautionnement (1).

(1) Il est significatif à ce sujet que POTHIER, lorsqu'il étudie les effets du temps sur l'extinction des obligations, prenne toujours le cautionnement comme image de son discours. L'ancien droit et son pragmatisme montrait déjà que le temps et le terme sont des éléments primordiaux du cautionnement. (R.J. POTHIER : *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, chap. 7, cf. par ex. : art. 1, n° 671, p. 519).

L'homme n'a que peu de prises sur le temps ; le droit, et particulièrement le droit des obligations, est le miroir de ces difficultés. Afin d'atténuer pour les contractants les périls que cache le temps d'exécution, il offre deux techniques pour le fragmenter et mieux le domestiquer : le terme (chapitre I) et la résiliation unilatérale (chapitre II).

CHAPITRE I

LE TERME

232. — **Ambiguïté de la notion : termes suspensif et extinctif du cautionnement.** « Qui à terme ne doit rien » écrit à plusieurs reprises BALZAC (1). Cette assertion concerne, dans son contexte, le terme suspensif, mais elle est également applicable au terme extinctif et dénote alors l'ambiguïté qui recouvre la double nature du terme. Etant une modalité de l'obligation, le terme n'en est pas a priori un élément nécessaire. En matière de cautionnement cependant, il apparaît comme une pièce maîtresse de l'édifice contractuel. Néanmoins les deux aspects du terme, suspensif et extinctif, ne trouveront pas ici le même écho.

Le terme suspensif « est la forme juridique que revêt l'idée économique de crédit » (2) et en ce sens terme et crédit sont synonymes. Crédit et insécurité étant antonymes, le cautionnement devient nécessaire pour ouvrir au débiteur douteux les avantages du terme futur. Le terme suspensif suscite le cautionnement afin que, en un mouvement inverse et complémentaire, la confiance engendre le crédit.

(1) Affirmation assénée par Maxime de TRAILLES, débiteur « professionnel » (in *GOBSECK*, La Comédie Humaine, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 2^e ed^o, t. 2, 1976, p. 987) et que l'on retrouve dans la bouche de César BIROTTEAU au temps de ses projets de grandeur (t. 6, 1977, p. 46). Sur le contexte balzacien de cet aphorisme douteux, cf. J. CARBONNIER : *Flexible droit*, 2^e ed^o, 1971, Jeux de droit, p. 237. — adde : sur l'apport de BALZAC à la science juridique : Y. GUYON : *Une faillite au début du XIX^e s., selon le roman de BALZAC « César BIROTTEAU »*, Mélanges A. JAUFFRET, Aix, 1974, pp. 377 à 391.

(2) B. STARCK : *Droit civil*, Obligations, 1972, n^o 1844, p. 550.

Ce terme suspensif, dont nous verrons qu'il influe indirectement sur l'extinction du cautionnement, apparaissait aux doctrinaires du dix-neuvième siècle comme le plus important des deux aspects du terme (1). Déterminant l'exigibilité de la dette, le terme suspensif bouleverse la vie de l'obligation, ainsi d'ailleurs que la vie de l'obligé. Il constitue un moyen psychologique d'action sur les parties, il manifeste l'emprise sur l'avenir à laquelle prétend le contrat (2), il met en état d'exécution l'obligation qu'il affecte, mais il demeure un événement étranger à l'extinction.

Le cautionnement se conçoit difficilement sans terme suspensif (3) (4) et la validité d'un cautionnement à exécution immédiate apparaît fort douteuse (5) ; il ne peut y avoir cautionnement sans terme suspensif. La durée

(1) Ainsi LAURENT ne consacre, dans ses Principes de droit civil, qu'un seul numéro, inférieur à la page, au terme «résolutoire» alors que l'étude du terme en général s'étend sur 44 numéros et 40 pages (t. 17, n° 179, p. 193). BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE ne font pas davantage cas du terme «quelquefois appelé terme extinctif», décidant de ne pas avoir «dans les explications qui vont suivre, à s'occuper du terme ainsi entendu» (*Traité*, t. 13, Les obligations, t. 2, 3^e ed°, 1907, no 973, p. 150). Adde dans le même sens : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, 1954, n° 1324, p. 733, seul numéro d'une demi-page, consacré au terme extinctif.

(2) Paul DURAND a dit du contrat «qu'il prétend à une emprise sur l'avenir». Préface de l'ouvrage collectif : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel* - Paris, L.G.D.J., 1960, pp. I à V, spécialement p. III, 2^e alinéa.

(3) Cf. cependant, pour un exemple en jurisprudence de cautionnement d'une obligation immédiatement exigible : Req. 8 août 1872, S. 1872, 1, 425 ; D. 1873, 1, 240. Le cautionnement garantissait le prix d'une vente de marchandises, prix payable comptant. Mais le créancier avait accordé de facto des délais, ce qui établit la propension du cautionnement à n'agir que dans le futur.

(4) Le plus souvent, le cautionnement trouve son terme suspensif dans la date d'exigibilité de l'obligation principale. Il arrive parfois cependant qu'il jouisse d'un terme plus éloigné, ou encore totalement différent. Jugé par exemple que la caution qui s'oblige à rembourser un prêt «lors de la vente d'un local» bénéficie (en fonction des circonstances de l'espèce) d'un terme propre. (Civ. 21 juillet 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 496, p. 372 ; D. 1976, Somm., p. 34, V¹⁸ Contrats et obligations).

(5) Dans un tel cautionnement, l'incertitude quant à l'inexécution du débiteur ferait défaut. Par hypothèse, le créancier refuserait un délai (sinon il y aurait un nouveau terme suspensif) et l'on saurait immédiatement si le débiteur est en mesure de s'exécuter ou non. S'il le peut, le cautionnement est inutile ; s'il ne le peut pas, l'engagement n'est plus un cautionnement mais un engagement de payer immédiatement (paiement par intervention ou codébiteur non intéressé à la dette : art. 1216 C. civ.). Cette position de première ligne est incompatible avec l'esprit de la garantie : «Cautionner un insolvable n'est plus cautionner, mais se faire codébiteur» (C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Chronique de droit bancaire*, J.C.P. 1976, I, 2801, n° 66, 2^e col. in principio).

Le cautionnement d'un débiteur dont l'insolvabilité préexiste est invalidé par les tribunaux lorsque la caution ignorait cette insolvabilité (Civ. 1^{er} mars 1972, D. 1973, p. 733 et Rep. Not. Defrénois 1974, art. 30491 (1^e espèce), note P. MALAURIE ; Bull. civ. 1972, I, n° 70, p. 64 ; J.C.P. 1972, IV, p. 96. — Rennes 14 juin 1951, D. 1952, pp. 712 et 713, note A.T. — Paris, 15 novembre 1974, Banque 1975, p. 1101 obs. L.M. MARTIN ; J.C.P. 1975, IV, p. 310 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *chron. droit bancaire précitée*, n° 66, — et sur pourvoi : Com. 24 mai 1976, Banque 1976, pp. 1156, obs. L.M. MARTIN ;

(suite de la note page suivante)

constituant la raison d'être de ce contrat, il n'y a de cautionnement qu'en devenir. Le cautionnement trouve dans le terme suspensif son premier jalon temporel. Mais cela n'est qu'accessoire.

C'est surtout la durée d'efficacité du cautionnement qui appelle l'attention car elle gouverne son extinction. Contrat de durée à vocation protectrice des intérêts du créancier, le cautionnement doit inspirer une confiance maximale. Le terme extinctif rejoint cette finalité en apportant un surcroît de sécurité, cette « première valeur sociale à atteindre » (1) dont la nécessité n'est plus à démontrer (2). Le contrat devenu plus fiable ne sera pas « l'engagement... illusoire... d'un débiteur qui peut à tout instant se libérer de ses chaînes » dénoncé par un auteur (3).

232 bis. — Influence de chacun des termes sur l'extinction : Plan. Le rôle du temps au regard de l'exécution du contrat est double (4). Dans une première approche, il peut simplement différer l'exécution de l'obligation. L'exemple le

D.1976, I.R. 224 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET : chron. dr. bancaire, J.C.P. 1978, I, 2902, n° 77). Quant à l'engagement accessoire à celui d'un débiteur que l'on sait insolvable, il ne nous paraît pas davantage et pour les mêmes raisons, pouvoir être un cautionnement. Le problème n'a jamais été abordé que sous l'angle des vices du consentement, qui conduit nécessairement à valider l'engagement pris en connaissance de cause. L'erreur consiste à vouloir le qualifier de cautionnement. Cf. : P. MALAURIE (note précitée) qui soutient que « rien n'interdit de cautionner un débiteur que l'on sait être insolvable, soit que l'on escompte qu'il viendra à meilleure fortune, soit pour toute autre raison » (II.B.1^o de la note, Rép. Not. Defrénois, p. 53, 2^e col. in fine). C'est là confondre le cautionnement avec le paiement par intervention (ou avec le *constitutum debiti alieni*). Adde : Civ. 12 décembre 1972, D. 1973, inf. rap. p. 29 (V^o Cautionnement) ; Gaz. Pal. 1973, 1, Panorama, p. 50 in principio. La caution soutenait que son engagement était vicié par l'insolvabilité du débiteur existant lors de la signature, la Cour maintint son engagement car elle « ne pouvait ignorer son insolvabilité et... s'est engagée en pleine connaissance de cause ». Rapp. également : Com. 19 mai 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 175, p. 171, qui valide un cautionnement donné en garantie d'une société dont « la déconfiture était inéluctable ». — Civ. 1 25 octobre 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 398, pp. 306 à 308 ; J.C.P. 1977, IV, p. 306 ; D. 1978, I.R., p. 74, qui valide le cautionnement garantissant une société insolvable car la caution n'avait pas fait de sa solvabilité « la condition de son engagement », et ne pouvait en conséquence invoquer une erreur-vice du consentement. — De même pour l'absence ou l'inefficacité d'un dol : Civ. 1 28 juin 1978, Bull. civ. 1978, I, n° 246, p. 195 ; D. 1978, I.R., p. 423 ; J.C.P. 1978, IV, p. 275. — Com. 10 juillet 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 193, p. 163. — Civ. 1 25 octobre 1978, D. 1979, I.R., p. 56.

(1) P. ROUBIER : *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 2^e ed^o, 1951, n° 37, p. 323.

(2) Cf. l'excellent plaidoyer de DEMOGUE sur la plus importante des « *Notions fondamentales du droit privé* », Paris, Rousseau, 1911, pp. 63 et suiv. et pp. 88 et suiv.

(3) P. DURAND : Préface à l'ouvrage collectif *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, précitée, p. II.

(4) L'étude des fonctions du temps par rapport à l'exécution du contrat a été particulièrement affinée par les juristes allemands (notamment O. Von GIERKE : *Dauernde Schuldverhältnisse*, in Jherings Jahrbucher, 1914, pp. 34 et suiv. ; et ZANDER : *Zur Lehre Von Zukzessiv und Dauerver, tragen*, 1909, pp. 7 et suiv.) et italiens (parmi les premiers : RAMPONI : *La determinazione del tempo nei contratti*, Estr. del A.G. vol. XLV Bologna, 1870.

plus simple est celui de la vente à crédit ou à tempéraments. Déjà plus complexe mais inscrit dans le même cadre est le rôle du temps qui permet à une partie de préparer sa prestation, comme dans le contrat d'entreprise. Dans les deux cas la finalité du délai est cependant la même ; elle consiste à instaurer un préalable nécessaire ou utile à la mise en œuvre, un délai entre la formation et l'exécution (1). Le terme qui concrétise cet espace de temps préalable à l'exécution est un terme suspensif. Venant avant l'exécution, il n'en fait pas moins partie intégrante des prévisions des contractants. Cette durée préalable à l'exécution constitue une valeur économique, appelée crédit, et mesurable en fractions de temps comme en fractions d'argent. Sa modification par les parties au contrat principal a sur les prévisions de la caution une influence certaine. La prorogation d'échéance de l'obligation garantie peut-elle entraîner la libération de la caution ? C'est toute la question de la modification du terme suspensif (section 1), qui anime les prétoires et révèle par ce fait toute son importance.

Dans une deuxième approche, le rôle du temps apparaît comme bien plus complet. Tous les contrats qui exigent une satisfaction continue ou périodique intègrent le temps à l'exécution pour en favoriser l'épanouissement. Ces contrats de durée tels le bail, le contrat de travail, de société, ou le cautionnement de dettes futures ne se conçoivent pas sans l'élément temporel qui les anime, qui constitue une part de leur objet. Le temps s'intègre à l'exécution pour réaliser vraiment une exécution successive. Cette exécution réellement continue s'oppose à l'exécution simplement différée engendrée par la première fonction du temps. L'existence d'une durée dans l'exécution (et non avant l'exécution) pose le problème de sa mesure. Si elle est dépourvue de limite, la durée de l'exécution pourra à tout instant être interrompue par une résiliation unilatérale (2). Si au contraire la durée de l'exécution est limitée par un terme extinctif, toute rupture antérieure au terme est impossible. En interdisant la résiliation unilatérale, le terme extinctif consolide le cautionnement car il supprime une source d'incertitude. Le régime de la détermination du terme extinctif est ainsi paré d'un indéniable intérêt (section 2).

Le cautionnement retient donc du temps l'un ou l'autre rôle suivant le caractère de la dette garantie. A travers les deux aspects du terme se dessinent deux points de faiblesse de la sûreté, qu'il faut élucider pour la renforcer.

(1) Certains auteurs distinguent nettement ces deux rôles : R.M. de MARINO y BORREGO : *El Suministro (Theoria general)* Salamenca 1959, qui oppose l'«acto continuado» (n° 43, pp. 101 à 103) au «contrato duradero» (n° 47, pp. 109 et 110) et qui résume son opinion dans l'étude de la fonction de l'élément temporel (n° 45, pp. 105 et suiv.). — A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse, Montpellier, 1970, Dactyl., n° 350 à 356, pp. 303 à 308. Cet auteur oppose ainsi, parmi les fonctions du temps, la première qui consiste à «déterminer le moment de l'exécution» (n° 351, p. 303) à la seconde qui fait du temps un «moyen nécessaire à la préparation de l'exécution» (n° 352, p. 304).

(2) Cf. infra n° 279 et suiv.

SECTION I

LA MODIFICATION DU TERME SUSPENSIF

233. — **Raisons de l'absence de terme. Pratique courante de l'octroi de délais.** La caution négligente ou trop confiante qui n'a pas exigé l'adjonction d'un terme extinctif à son engagement est fort souvent marrie lorsque le poids de son obligation est prolongé dans le temps par des tergiversations, des prorogations d'échéance ou tout simplement l'inertie du créancier. Il est vrai qu'elle a souvent l'excuse de l'absence de nécessité : pourquoi stipuler un terme pour une opération dont l'on a prévu la date d'exécution ? En cautionnant un prêt exigible au 31 décembre de l'année en cours, le garant compte bien être libéré à cette date, ou au plus tard dans les premiers jours de l'année suivante. Le cautionnement d'une opération unique n'est pas une obligation successive. Que l'exécution soit effectuée en bloc ou par fractions (prêt de mille francs remboursable par mensualités de cent francs), le montant de la dette unique et déterminée entraîne précision de son volume temporel. Une stipulation supplémentaire imposant un terme extinctif est apparemment dépourvue de toute utilité, puisque le cautionnement adopte les contours et les limites dans le temps de l'obligation garantie.

Les prévisions de la caution reposent donc le plus souvent sur la stipulation du terme *suspensif* (et non extinctif) qui affecte l'obligation principale; et c'est dans cette nuance que réside la source des malheurs de la caution. Le terme suspensif est en effet une modalité rapportée, «un élément externe venant se surajouter aux éléments internes normalement constitutifs [du contrat]» (1). Les parties du contrat principal vont avoir pour lui une absence de considération qui tient à sa superfluité. Afin de préserver l'essentiel de l'engagement, c'est-à-dire son exécution, le créancier sacrifiera souvent le secondaire, c'est-à-dire les conditions de cette exécution.

La patience des créanciers n'a d'égale que l'habileté des débiteurs à obtenir des délais (2). Même «la rigueur du droit cambiaire est plus apparente que réelle»,

(1) J. BONNECASE : *Le droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 2^e ed°, 1930, n° 258. — Adde dans le même sens : P. MALAURIE : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ. 1^e ed°, 1954, V° VENTE, n° 711 et surtout 741.

(2) Cf. sur la «tendresse humaine dans le cœur des créanciers, personnes physiques» et sur leur propension à accorder des délais, les remarquables observations de Mr J. CARBONNIER : *Cours de sociologie juridique*, D.E.S., 1972-1973, Paris II., Polycopié, pp. 125 et 126.

car «les prorogations d'échéances sont assez librement consenties, avec l'accord des tireurs, lorsque le besoin s'en fait sentir» (1). Il n'est pas de domaine qui soit épargné par cette plaie du crédit qu'est le retard dans le paiement. Le créancier, même armé de garanties comminatoires et de moyens d'exécution, comme dans le prêt hypothécaire, est contraint d'accéder à la pratique commune (2). Le Centre National des Prêts Hypothécaires (C.N.P.H.) propose même, parmi les opérations de gestion qu'il effectue, son «intervention auprès des prêteurs... pour obtenir toute prorogation de délai» (3). A fortiori le créancier cautionné, qui n'est jamais qu'un créancier chirographaire, ne peut-il se soustraire à ces accommodements de fait. Les créanciers sont situés au carrefour de l'entregent, sinon de la ruse des débiteurs qui ont «le secret de les renvoyer satisfaits sans leur donner un double» (4) et de la mensuétude des juges qui ploient sous les demandes de délai de grâce qu'ils ne savent pas refuser.

L'octroi d'un supplément de temps pour réunir la somme due, pour pallier l'imprévision de l'échéance brutale et la rapidité de l'écoulement des jours, a toujours été un phénomène si fréquent qu'il a été organisé par le droit. La nécessité d'une mise en demeure en matière contractuelle n'est que l'institutionnalisation de cette pratique. Au plan plus spécial du cautionnement, l'inclusion dans le Code civil d'un texte prévoyant expressément l'hypothèse d'une prorogation de terme (art. 2039) fait foi de l'acuité du problème sous l'ancien régime (5).

L'intérêt de la question est toujours aussi vif en raison de son application fréquente et de ses répercussions souvent graves. A étudier les solutions qui doivent lui être apportées, l'on découvre un partage bien compris entre les intérêts des parties au cautionnement.

D'une part, puisque le terme suspensif est, par principe, une modalité étrangère à l'expiration de l'engagement, sa modification ne peut être source d'extinction, ce qui assure au créancier une protection générale (§ 1).

D'autre part la gravité des conséquences que la modification du terme suspensif entraîne dans certains cas oblige à des atténuations ponctuelles de la règle générale qui assurent une protection spéciale à la caution (§ 2).

(1) E. de CHILLAZ : *Au-delà de l'escompte classique*. Notice 7, Supplément aux cahiers français, n° 199 (janv.-fév., 1975) consacré à «*La Banque*», La Documentation française (2^e page de la notice, 1^e col.).

(2) Ceci est attesté par les praticiens eux-mêmes ; cf. par ex. le numéro spécial de la revue : Notariat 2000 - Pompadour : *Vers un renouveau du prêt hypothécaire privé* (n° 161, mars 1976, pp. 90 à 136).

(3) Ibidem, p. 111. Opération de gestion, n° 6.

(4) *DOM JUAN* de MOLIERE, Acte IV, Scène II ; réplique de Dom Juan se préparant à circonvvenir Mr. DIMANCHE.

(5) Cf. R.J. POTHIER : *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, n° 406.

Paragraphe 1

MODIFICATIONS DU TERME SUSPENSIF ET PROTECTION GÉNÉRALE DU CRÉANCIER

234. — **Sens et portée de ces modifications.** Le terme suspensif est une modalité de l'exécution de l'engagement, non de son extinction. Les modifications qui l'affectent préservent les droits du créancier, qu'elles soient consenties par lui ou qu'elles lui soient imposées. L'étude de la répercussion sur le cautionnement des modifications de l'échéance de l'obligation principale vérifiera cette affirmation (A) tout autant que la démonstration de l'absence d'effet extinctif de la prorogation de terme (B).

A — Les modifications du terme suspensif de l'obligation principale

L'exécution de l'obligation principale (et donc l'extinction qu'elle entraîne) peut être avancée par une déchéance du terme (a) ou retardée par une prorogation de terme (b). Ces modifications affectent-elles le cautionnement ?

a) Déchéance du terme

235. — **Application au cautionnement de la déchéance du débiteur.** Deux principes s'opposent pour déterminer le sort de la caution : d'une part la règle de l'accessoire, qui pousse à adapter exactement la situation de la caution à celle du débiteur principal, d'autre part le respect des modalités de l'engagement conclu par la caution qu'impose l'article 1134 C. civ.

Le droit positif semble pencher pour le principe de la force obligatoire des conventions, en évitant à la caution de pâtir d'une modification de la durée initialement prévue. Une jurisprudence ancienne et peu étoffée (1) qui vient

(1) Req. 3 juillet 1890, D.P. 1891, 1, 5, note M. PLANIOL ; S. 1890, 1, 445. — Paris, 24 décembre 1842, Dalloz, Jur. gen., V^o OBLIGATIONS, n^o 1306. — Bordeaux, 10 mars 1854, D.P. 1855, 2, 246. — Rouen, 29 juin 1971, S. 1871, 2, 220 ; D.P. 1873, 2, 206. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, citent d'autres décisions de juridictions inférieures, toutes antérieures à 1900, et moins nettes sur ce problème (*Traité*, t. 24, 3^e ed^o, 1907, n^o 1014, p. 541, note 4).

cependant d'être fermement réaffirmée (1) et une doctrine nombreuse (2) mais dénuée de conviction (2) soutiennent cette solution. Certes le principe de l'article 1134 C. civ. impose toute sa vigueur et est brandi tel un bouclier par les auteurs classiques : « tous les co-débiteurs et a fortiori les cautions bénéficient également des conventions faites, et la foi due à ces conventions serait violée si l'engagement commun, après avoir été contracté à terme, pouvait être aggravé ensuite par le fait d'un seul et rendu immédiatement exigible » (4). Mais les attaques lancées avec succès contre la forteresse contractuelle ont ouvert des brèches qui n'existaient pas dans les conceptions qui ont inspiré cette solution aux tribunaux et aux auteurs du 19^e siècle.

L'affaiblissement du dogme de l'intangibilité rend le contrat plus accueillant aux influences d'autres principes et il nous paraît aujourd'hui nécessaire de renverser la solution. Les arguments qui n'avaient pas su convaincre PLANIOL en 1890 restent les mêmes, mais ils bénéficient de la modification du rapport des forces.

Deux raisons justifient l'adéquation du régime du cautionnement à celui de l'obligation principale et donc l'application à la caution de la déchéance du terme : d'une part, la règle de l'accessoire et sa puissance d'homogénéisation des régimes de la dette et de sa garantie ; d'autre part et surtout, la finalité même du cautionnement. Le cautionnement, parce qu'il est une garantie pour le cas d'inexécution, a pour but de pallier la défaillance du débiteur principal. C'est donc respecter son essence que de le faire jouer dans le cas où le débiteur principal, indigne de la confiance placée en lui, déchoit avant l'échéance prévue : failli, déconfit, coupable d'un affaiblissement des sûretés ou d'inexé-

(1) Civ.1 20 décembre 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 415, p. 324 ; J.C.P. 1977, II, 18611, concl. contraires. Av. gal. GULPHE ; Rep. not. Defrénois 1977, pp. 921 à 923 (art. 31462 n° 62) obs. critiques J.L. AUBERT ; Rep. not. Defrénois 1978, p. 373, obs. J.V. Cet arrêt casse une décision d'appel au motif que l'extension de la déchéance du terme conduit à une violation de l'art. 2015 C. civ. Le visa de ce texte, qui concerne l'étendue du cautionnement, rattache donc la cassation au respect des stipulations contractuelles originaires. — Adde : Trib. gr. inst. Strasbourg, 11 février 1972, D. 1972, p. 680, note M. PUECH.

(2) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : op. cit., ibidem. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, n° 96, p. 100, après quelques hésitations et avec quelques réserves. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1534, p. 984. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 3, n° 554, p. 343 in principio. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2021-2027, (1974), n° 45. — Noter cependant que l'ouvrage de C. AUBRY et C. RAU a changé de position suivant ses auteurs. Dans la 4^e ed°, par les auteurs eux-mêmes, la thèse contraire à la doctrine dominante était vivement soutenue : t. 4, 1871, § 303, texte et note 18, p. 90. E. BARTIN préférait garder le silence sur le problème (5^e ed°, t. 6, 1920), alors que P. ESMEIN prenait dans la 6^e ed° le parti opposé à AUBRY et RAU (t. 6, 6^e ed°, 1951, § 426, p. 279, texte et note 2-2). MM. A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE dans la 7^e ed° (t. 6, 1975) ne se prononcent pas et ont supprimé l'affirmation d'ESMEIN.

(3) A l'exception toutefois de PLANIOL, note précitée au D.P. 1891, 1, 5.

(4) M. PLANIOL : Note précitée, p. 5, 1^e col.

cution (1). L'argument de la fidélité contractuelle se retourne alors contre ses défenseurs (2). En effet «on ne conçoit pas que le contrat soit rompu à l'égard du débiteur principal et qu'il subsiste à l'égard de la caution» (3).

Les tenants de l'opposabilité de la déchéance en sentent la fragilité et reconnaissent à la caution la possibilité de renoncer à la faveur qu'ils lui accordent, ce qu'elle ne manque pas de faire (4). Reste évidemment qu'au cas où le cautionnement contient un terme suspensif propre, distinct de celui de l'obligation principale, la volonté nettement marquée des parties d'ériger la durée de l'engagement en disposition fondamentale interdit d'imposer à la caution une déchéance du terme qu'elle n'encourt pas personnellement (5).

(1) Art. 1188 C. civ. et art. 37 al. 1, Loi 13 juillet 1967 (qui reprend le principe datant de 1807 sans en modifier la rédaction ambiguë due à la loi de 1838) — En sus de ces clauses légales, les créanciers précautionneux incluent très fréquemment des clauses de déchéance contractuelle du terme, notamment pour cause de non paiement des intérêts du prix ou dans la vente d'immeuble de diminution par le fait de l'acquéreur du privilège du vendeur. Cf. J.L. SOURIOUX : *Recherche sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Thèse, Paris, 1965, Lib. Journ. not. avoc., 1967, préf. J. BOULANGER, n° 116 et 117, pp. 99 à 100 et n° 114-115, pp. 98 et 99, qui précise que le notariat moderne inclut ces clauses de façon systématique. Certains ont proposé de distinguer entre la déchéance résultant d'une procédure collective et celle qui découle de l'application d'une stipulation contractuelle (Conclusions précitées Av. Gal. GULPHE, J.C.P. 1972, II, 18611 ; A. JACQUEMONT, note sous Civ. 8 février 1977, J.C.P. 1979, II, 19095, spécialement II-B de la note). La déchéance procédurale, reposant sur des nécessités techniques et sur le principe d'égalité des créanciers, ne serait pas opposable à la caution ; la déchéance contractuelle devrait au contraire être opposable. — Pour nous cette distinction ne se justifie pas, les arguments au support de l'opposabilité de la déchéance à la caution gardant leur valeur dans toutes les hypothèses.

(2) F. LAURENT, ajoute à cet argument une considération de texte dans la ligne de ses principes : selon lui, l'art. 2011 C. civ. pose la règle que «quelle que soit l'inexécution de l'obligation contractée par le débiteur, la caution en répond». Et il poursuit en affirmant : «Si donc, par son fait, le débiteur encourt la déchéance du terme, le contrat, devenant pur et simple à l'égard du débiteur, devient par cela même pur et simple à l'égard de la caution». *Principes de droit civil français*, t. 17, 4^e ed°, 1887, n° 213, p. 226.

(3) F. LAURENT : *ibidem*.

(4) Ainsi dans une espèce jugée récemment la caution avait déclaré dans son engagement : «j'admets expressément d'autre part que la déchéance du terme opposable à l'acheteur ainsi qu'il est stipulé dans le contrat de financement me sera également opposable» ; reproduit par le jugement précité : Trib. gr. inst. Strasbourg, 11 février 1972, D. 1972, p. 681, 1^e col. in principio. — Adde dans le même sens : Com. 10 juillet 1962, Bull. civ. 1962, III, n° 350, p. 189.

La quasi-totalité des formulaires bancaires de cautionnement comportent une clause d'application de la déchéance du terme. — De même lorsque le Crédit Foncier de France exige un cautionnement (immeuble indivis ou en usufruit) il conseille au notaire rédacteur du prêt d'insérer la clause suivante : «il est convenu que toute déchéance des termes d'exigibilité s'appliquera aux cautions comme aux débiteurs principaux...» (instructions au notaire pour la régularisation du contrat de prêt : Ref. P.S.I. «N» 12/75).

(5) En ce sens : Nîmes 18 mars 1862, S. 1863, 2, 5. — Bourges 22 novembre 1889, Gaz. Pal. 1889, 2, 596 ; confirmant Trib. Civ. Nevers 25 mars 1889, Gaz. Pal. 1889, 1, 642.

Cette dérogation expresse mise à part, la déchéance du terme qui frappe le débiteur principal doit frapper également la caution (1). Les partisans de cette solution, disséminés à diverses époques, semblaient avoir convaincu la Cour de Cassation (2). Mais la haute juridiction, s'écartant des brillantes conclusions soutenues devant elle en faveur de l'application de la déchéance à la caution (3), est revenue à son ancienne position (4). A l'inconvénient déjà démontré d'une telle solution s'ajoute le maintien d'une opposition injustifiable entre le droit commun et le droit cambiaire, qui soumet l'avaliseur à la déchéance du terme (5).

b) Prorogation du terme

236. — Non-bénéfice pour la caution. Le créancier qui se heurte à la gêne financière du débiteur accorde fréquemment un report d'échéance afin qu'il améliore sa trésorerie. Ce répit qui n'est qu'une mensuétude forcée au cas général est ouvertement imposé au créancier lorsque la prorogation de terme est la conséquence d'un moratoire ou d'un délai de grâce judiciaire.

Dans ces trois situations, le créancier qui ne s'estime pas astreint aux mêmes ménagements à l'égard de la caution exigera d'elle un paiement immédiat. Celle-ci peut-elle invoquer les facilités accordées au débiteur principal pour retarder son exécution jusqu'à la nouvelle échéance ?

(1) En ce sens : L. LAROMBIERE : *Théorie et pratique des obligations*. Art. 1188, t. 3, 2^e ed^o, 1851, note 22. — C. AUBRY et C. RAU : 4^e ed^o, 1871, t. 4, § 303, texte et note 18, p. 90. — F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, t. 17, 4^e ed^o, 1887, n^o 213, p. 226. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., V^o CAUTIONNEMENT, 2^e ed^o, 1970, n^o 165.

(2) Com. 10 juillet 1962, Bull. civ. 1962, III, n^o 350, p. 289. L'arrêt de rejet approuve les juges de fond d'avoir considéré que le cautionnement « du remboursement des créances dues » impliquait qu'il était l'objet d'une adéquation totale à la dette principale, même pour l'hypothèse non expressément stipulée de déchéance du terme. L'artifice est patent, et dévoile la volonté arrêtée d'appliquer à la caution la déchéance du terme (Cf. pour une appréciation nuancée mais approuvée : M. PUECH, note au Dalloz 1972, sous Trib. gr. inst. Strasbourg 11 février 1972, précitée, spécialement I-A-b, p. 682, 1^e col.).

(3) Conclusions précitées de Mr l'Av. gal. GULPHE : J.C.P. 1977, II, 18611.

(4) Civ.1 20 décembre 1976, Bull. civ. 1976, I, n^o 415, p. 324 ; J.C.P. 1977, II, 18611 concl. GULPHE, Rep. not. Defrénois, 1978, p. 373 obs. J.V. La cour ne fournit absolument aucune motivation pour étayer sa solution. — Comp. toutefois Civ. 8 février 1977, Bull. civ. 1977, I, n^o 71, pp. 56-57 ; J.C.P. 1979, II, 19095, note A. JACQUEMONT ; D. 1977, I.R., 468 ; Gaz. Pal. 1977, 1, Som. p. 149 (daté par erreur 26 janv. 1977) dont Mr JACQUEMONT relève à juste titre qu'il contient l'affirmation implicite et sans doute involontaire d'une opposabilité à la caution de la déchéance contractuelle du terme (note précitée, 2^e partie).

(5) L'article 147 actuel C. Com. ne fait aucune différence entre les divers coobligés, mais il permet aux garants de demander en justice des délais de grâce spéciaux. Le droit antérieur à 1930 réalisait une assimilation plus complète encore pour le cas de faillite (art. 444 al. 2. C. com.).

Traditionnellement, la réponse est nuancée en fonction des modalités du cautionnement. Pour la caution simple, la règle de l'accessoire l'emporterait et lui permettrait de bénéficier du report d'échéance (1) (2). Pour la caution solidaire, l'on va invoquer les règles de la solidarité pour lui refuser le bénéfice du nouveau terme (3). Quant au donneur d'aval, sa situation se ressent dans la même mesure des règles de la solidarité et s'aggrave du fait qu'il garantit non seulement le montant de la dette, mais également son échéance (4) (5). La Cour de cassation, à qui le problème a été récemment soumis de façon confuse (6), a esquivé la difficulté, ce qui a fait regretter aux commentateurs de la décision «que la réponse à un problème qui ne laisse pas d'être délicat ait été donnée avec un tel laconisme» (7).

Quoi qu'il en soit le problème mérite d'être résolu davantage en termes d'opportunité qu'en termes d'herméneutique subtile. La finalité du cautionnement, sa raison même d'exister, réside dans la fourniture au créancier d'une exécution conforme aux modalités prévues, et donc à la date prévue. La garantie

(1) L'on cite un seul arrêt de la Cour de cassation en ce sens : Req. 19 janvier 1830, Dalloz, Jur. gen., V^o CAUTIONNEMENT, t. 7, n^o 79, p. 538 et 539. C'est à tort que cette décision est invoquée de façon générale, car elle ne concerne pas un délai de répit, mais un sursis accordé afin de liquider une dette de montant incertain. Sur la base de l'article 2036 C. civ., un tel sursis ne pouvait qu'être étendu à la caution. — La 2^e décision invoquée (Trèves, 23 novembre 1807, *ibidem*) opposait la communauté des juifs de l'électorat de Cologne à leurs créanciers, et se caractérise par tant de particularités politiques, économiques et sociologiques que sa généralisation est abusive.

(2) La doctrine demeure assez sibylline sur la question, se contentant d'une affirmation et de références croisées.

(3) La jurisprudence est au contraire en cette hypothèse fournie, constante et ferme : Req. 17 août 1859, D. 1859, 1, 359. — Req. 13 novembre 1877, D. 1878, 1, 301 ; S. 1878, 1, 415. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, 2, 317. — Caen, 24 janvier 1887, D. 1888, 2, 127. — Paris, 20 novembre 1930, Gaz. Pal., 1930, 2, 1042.

La doctrine l'approuve avec plus ou moins d'ardeur : C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n^o 96, p. 100. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1539, p. 989. — H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 5^e ed^o, n^o 49, p. 56. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2021-2027, n^o 14 à 16. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, 1959, n^o 71, p. 68.

(4) «Le donneur d'aval garantit non seulement le paiement de la dette qu'il avalise, mais aussi la date de ce paiement». Rouen 15 décembre 1972, D. 1973, Somm., p. 83.

(5) Le problème ne concerne ici que le délai qu'accorderait le porteur par un acte extra-cambiaire. En revanche les délais accordés par modification de la date d'échéance de la traite avalisée ou par renouvellement de cette traite présentent des particularités qui seront abordées avec la question de la libération de l'avaliseur, *infra* n^o 241.

(6) Com. 14 février 1972, Bull. civ. 1972, IV, n^o 55, p. 55 ; Gaz. Pal. 1972, 2, 639 ; Rev. trim. dr. com. 1972, pp. 967-968, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — L'avaliseur invoquait des délais concordataires que son créancier, titulaire d'une sûreté spéciale, n'avait pas refusés (art. 69. Loi du 13 juillet 1967). Partant, il s'y trouvait «volontairement» soumis, et conférait donc à ces délais une coloration conventionnelle. La décision n'a statué qu'en termes de règlement judiciaire, ignorant la savante argumentation.

(7) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées, *in fine*, p. 968.

de l'échéance fait partie de la garantie procurée par le cautionnement. C'est pour cette raison que le refus de faire bénéficier la caution des délais octroyés au débiteur principal doit s'imposer même à la règle de l'accessoire. Si le cautionnement est accessoire par nature, il est une garantie par essence et ne peut être protégé des contraintes qui en découlent sous peine de perdre son identité.

Les nécessités pratiques et les puissants leviers du bon sens et de l'équité ont d'ailleurs conduit les tribunaux sur cette voie chaque fois qu'une modification de la durée du contrat principal a été imposée au créancier par un moratoire légal (1). L'unification téléologique des solutions données en cas de moratoire, de délai de grâce judiciaire (2) ou de prorogation conventionnelle de terme ne peut qu'affermir l'efficacité du cautionnement et donc son existence même.

Le plus souvent cependant le créancier est compatissant et il laisse à la caution le même répit qu'il accorde au débiteur (3). Le problème ressurgit alors plus tard, sous une forme différente. Lorsque le créancier trop patient décide

(1) Req. 28 février 1939, S. 1039, 1, 161, rapport de Mr le Conseiller DUMAS et note P. ROUBIER ; J.C.P. 1939, II, 1121 ; Gaz. Pal. 1939, 1, 828 ; D.H. 1939, 243 ; Rev. trim. dr. civ. 1939, pp. 783 et 784, obs. critiques G. MARTY (sur la loi du 12 janvier 1921 accordant des sursis judiciaires aux débiteurs ayant des biens en U.R.S.S.). — Bastia 15 juin 1915, D.P. 1916, 2, 20 ; S. 1916, 2, 75 (sur la loi du 5 août 1914 qui suspend le paiement des loyers en faveur des locataires mobilisés). — Paris 12 juin 1942, Gaz. Pal. 1942, 2, 43. — Sur les différents moratoires intervenus entre 1914 et 1945, cf. : E. DATRY. *L'échéance (Délais de grâce et moratoires)*, Thèse, Lyon, 1945, Vienne, Ternet, Martin (1945), pp. 44 à 124.

Quant aux différents délais accordés aux rapatriés d'Algérie par les lois du 11 décembre 1963 (mod. Loi 6 juillet 1966) et du 6 novembre 1969 (mod. Loi 15 juillet 1970) des décisions dans les deux sens privilégient surtout les considérations propres à chaque espèce : En faveur de l'extension du moratoire à la caution : Civ.1 15 avril 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 120, p. 98. — Civ.1 10 janvier 1973, Bull. civ. 1973, I, n° 20, p. 17. — Pour un refus du bénéfice de ces moratoires : Civ. 16 avril 1971, J.C.P. 1973, II, 17035. — Com. 28 janvier 1974, Bull. civ. 1974, IV, n° 32, p. 25. — Sur ce problème, cf. : H. BLIN : *La loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et des personnes dépossédées de leurs biens outre-mer* : J.C.P. 1970, I, 2293 (ed° C.I. n° 87416) spécialement n° 6, n° 19 et n° 31. — Adde, P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2021-2027, n° 38 à 40.

Sur le problème de l'extension des moratoires en général, cf. : G. HOLLEAUX : note au Dalloz périodique 1931, 1, pp. 73 à 77, spécialement I, d, de la note p. 75, 1^{re} col. — P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 71, pp. 67 à 69. — P. SIMLER : op. et loc. cit.

(2) Les délais de grâce de l'article 1244 C. civ. sont unanimement considérés comme personnels au débiteur principal qui les obtient, et par cela exclus des exceptions que l'art. 2036 C. civ. ouvre à la caution. Cette conception du sursis de paiement judiciaire est d'ailleurs partagée par les doctrines européennes : cf. Rapport du MAX PLANCK INSTITUT sur : *Le cautionnement dans le droit des états membres des communautés européennes*, précité, 1969, n° 70, p. 79.

(3) Mr. P. SIMLER est également de cet avis, en raison du fait même que les tribunaux ne paraissent pas avoir eu à statuer souvent sur l'opposabilité par la caution solidaire au créancier d'un délai librement consenti par ce dernier au débiteur principal : *J. Cl. civ.*, art. 2021-2027, n° 16.

enfin d'exiger son dû à l'expiration des délais de prorogation, la situation financière du débiteur, loin de s'être rétablie, s'est fort souvent compromise dans une mesure qui interdit à la caution tout espoir de remboursement. Peu dérisoire de faire les frais des tergiversations du créancier, elle invoque la modification de la durée primitive pour exciper de sa libération.

B — Absence d'effet extinctif de la prorogation de terme

237. — **La règle légale.** L'attitude de rejet de la responsabilité sur le créancier doit être aussi ancienne que la notion même de garant puisque l'on retrouve à chaque étape du droit des considérations ou des dispositions la concernant. La tendance la plus fréquente est à la protection du créancier qui ne doit pas se repentir de sa clémence. S'inspirant du droit romain et de l'ancien droit, les rédacteurs du Code civil n'y ont pas fait exception et ont inscrit dans le respect de l'équité l'article 2039 dans notre législation. Par ce texte aux arêtes vives, «la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution...». Cette disposition crucificatoire pour la caution mérite que l'on analyse sa valeur (a) et son domaine d'application (b).

238. — **Valeur.** a) **La valeur de la solution** proposée par l'article 2039 C. civ. peut assurément être jugée positive à l'écoute du concert d'appréciations satisfaites qu'elle a suscitées (1). Le texte en effet doit être considéré comme juridiquement correct et équitablement satisfaisant (2).

Juridiquement en effet, la prorogation de terme ne crée pas une obligation nouvelle (3) et ne permet pas de recourir au mécanisme salvateur de

(1) Quelques voix clament bien leur opposition, au motif que «la situation de la caution est... aggravée par la concession de délais faite par le créancier» (L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, 2^e ed°, 1895, n° 250, p. 282). Mais elles s'inclinent devant le texte : «que l'on doive ou non la critiquer, la règle de l'art. 2039 n'en est pas moins formelle» (ibidem, n° 251, p. 283), plaçant leur espoir dans les législations qui ont adopté le parti contraire : Code civil espagnol de 1889, art. 1851 ; Code civil portugais, art. 852 ; ou un parti intermédiaire : Code civil italien, art. 1957, al. 2 et 3 ; Code suisse des obligations : art. 510, al. 3 ; B.G.B. : § 777 (sur ce point, cf. infra n° 277).

(2) F. LAURENT considère à son propos que «Le Code civil a donné satisfaction à l'équité, tout en maintenant le droit du créancier» (*Principes*, t. 28, 2^e ed°, 1887, n° 278, p. 281). Il n'avait pourtant pas manqué de souligner que la coutume de Bruxelles était en sens contraire (ibidem).

(3) Req. 13 novembre 1877, D.P. 1878, 1, 300 ; S. 1878, 1, 415. — Limoges 15 juin 1898, S. 1901, 2, 134. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 1144, p. 600. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 78.

la novation. De plus le principe de la force obligatoire des conventions n'est pas ébréché car l'absence de stipulation d'un terme extinctif propre au cautionnement démontre que la durée de son engagement n'était pas pour la caution un élément fondamental.

Equitablement de surplus la règle posée par l'article 2039 C. civ. n'encourt pas de reproches. Evidemment le premier réflexe porte l'analyste aux côtés de la caution dont les prévisions ont été déjouées. Cependant la réflexion plus sage révèle l'iniquité qu'il y aurait à sacrifier un créancier victime de sa mensuétude et à rendre par contrecoup le cautionnement plus dangereux en raison du surcroît de rigueur qu'engendrerait à longue échéance la protection abusive de la caution.

La satisfaction qu'apporte la solution du Code civil, fréquemment appliquée par les Tribunaux (1), justifie d'ailleurs que le projet de réforme du Code civil du Québec n'en modifie pas un iota (2) et conserve tant le fond de la solution que sa forme. Il y aurait peut-être eu lieu cependant de préciser le sens de la formule «prorogation de terme» eu égard aux conflits qu'a soulevé la détermination de son champ d'application.

239. — Domaine. b) **Le domaine d'application de l'article 2039 C. civ.** s'étend à toutes les techniques utilisées pour conduire à la modification de la durée par allongement du délai précédant l'expiration (1^o). Il s'étend également, mais avec parcimonie, à toutes les formes de cautionnement, même cambiales (2^o).

240. — L'indifférence de la forme de la prorogation. 1^o - *La règle de l'article 2039 C. civ. concerne toute «prorogation de terme»,* quelle que soit sa forme. Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. En application de cette saine règle de conduite, l'on doit considérer que toute technique propre à retarder l'échéance initialement prévue justifie le maintien du cautionnement. Encore faut-il cependant que la finalité de la mesure soit principalement de proroger le terme ; car si la prorogation n'est que la conséquence subsidiaire d'un but différent, comme par exemple des pourparlers transactionnels ou des délais d'exécution d'actes lésant la caution directement (fraude à ses droits) ou indirectement (suppression ou main levée des sûretés attachées à la créance, etc...), c'est le régime entraîné par la qualification principale qui s'applique et non celui de la prorogation de terme.

Hormis ces réserves, les différentes techniques usitées pour prolonger la durée suspensive d'un engagement ouvrent application à l'article 2039 C. civ. Le moratoire légal ou la stipulation expresse d'un nouveau terme suspensif ne posent aucun problème. Le temps pendant lequel l'obligation continuera

(1) Cf. les nombreuses décisions citées infra n^o 240 et n^o 244.

(2) Rapport sur le cautionnement, déposé par le Comité du contrat de cautionnement à l'Office de révision du Code civil, Montréal, (rapport XXXIII), article 21, p. 28.

d'attendre son exécution est déterminé ou déterminable et la caution dispose des éléments d'appréciation lui permettant d'exercer le choix de l'attitude à observer : attendre et voir, ou se protéger en actionnant préventivement le débiteur comme l'y autorise l'article 2039 C. civ. dans sa disposition finale.

En revanche, la forme la plus tacite de prorogation d'échéance découlant d'une inaction, d'un attentisme ou d'une volonté d'atermoiement du créancier fait naître quelques difficultés. La question mérite d'autant plus attention que les créanciers préfèrent souvent la formule plus souple, moins contraignante pour eux, de l'absence de poursuites. Ils demeurent ainsi sur la réserve, dans une situation de non-volonté qui permet et préserve «une intervention ultérieure dans la situation juridique» (1). Cet «état de parfait équilibre entre le non et le oui» (2) laisse toute liberté de poursuivre le paiement quand les circonstances le permettront ou quand la colère l'imposera.

Peut-on arguer de cette précarité de la situation créée par le créancier pour refuser d'assimiler la prorogation tacite à la prorogation expresse ? C'est ce que font différents auteurs qui soutiennent (3) fermement que «pour qu'il y ait prorogation de délai, il faut évidemment (sic) que le créancier s'interdise, pendant ce délai de prorogation, d'intenter des poursuites» (4). Hors de la certitude, point de salut. Il est vrai que tout terme doit, pour mériter cette qualification, être indépendant quant à sa réalisation de la seule volonté d'une partie. Ceci n'est effectivement pas le cas dans l'hypothèse d'une prorogation tacite, ce qui fait dire à certains que «l'absence de poursuites due à la menseu-tude ou à la négligence des créanciers est une situation de fait non créatrice de droit...» (5). Mais l'obstacle est-il réellement dirimant ? Ni l'incertitude pesant sur une caution qui ne peut exiger d'informations, ni la liberté que conserve le créancier ne sont en opposition avec un texte (l'article 2039 C. civ.) que son esprit et sa lettre prédisposent à la plus large application.

Le recensement de la jurisprudence montre, en volume, une faveur certaine pour l'assimilation de l'absence de poursuites à une prorogation de terme (6).

(1) B. CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1966, L.G.D.J. (1968), (Bibl. dr. privé, t. 84, préf. J. CARBONNIER), n° 266, p. 145.

(2) J. CARBONNIER : Préface à la thèse précitée de B. CELICE, loc. cit., p. VII.

(3) Ces prises de position ont été exprimées au sujet de l'application d'une clause stipulée dans certains contrats de cautionnement et qui, dérogeant à l'art. 2039 C. civ., permet à la caution d'être libérée par toute prorogation de terme à laquelle elle n'aurait pas consenti. (Cf. infra, n° 247 et 248). Néanmoins, la généralité du propos permet son extension aux hypothèses de droit commun.

(4) M. DAGOT : Note au J.C.P. 1976, II, 18222, sous Dijon 17 mai 1974 ; I. de la note, 2^e col. — Adde : dans le même sens : NICOLAS - JACOB : obs. sur le même arrêt au Rec. gen. lois jurispr. (Rep. Comaille) 1976, pp. 343 et 344. — J.L. AUBERT : Rep. Not. Defrénois, 1976, p. 566, obs. sur le même arrêt. — J.V. : note au Journ. not. avoc. 1974, pp. 359 à 361 suiv., sous Grenoble 28 juin 1972 (art. 51612), spécialement p. 360 in fine.

(5) J.V. : Note précitée, ibidem.

(6) Sur les 28 décisions publiées (toutes espèces confondues) 18 optent pour l'assimilation de la prorogation tacite à la prorogation expresse, et 10 pour la distinction.

Toutes décisions sont ici comptées, qu'elles concernent l'aval (1) ou le cautionnement (2), qu'elles soient rendues en droit commun ou en présence de clauses spéciales (3), qu'elles ne concernent que l'article 2039 C. civ. ou qu'elles aient à répondre à une demande fondée sur l'article 2037 C. civ. (4). En effet les éléments d'appréciation varient peu ; seules peut-être méritent d'être isolées les deux décisions rejetant l'assimilation en raison des termes même du contrat de cautionnement qui laissent supposer que la solution pourrait être différente en droit commun (5).

Malgré cette durable et volumineuse controverse, il ne nous apparaît pas qu'il y ait alternative. En effet une seule et unique solution s'impose aux trois situations envisageables : l'inaction du créancier doit toujours être assimilée à une prorogation expresse du terme.

 (1) En faveur de l'assimilation : Req. 6 février 1906, S. 1906, 1, 481, note C. Lyon-Caen ; D.P. 1908, 1, 225, note J. VALÉRY. — Com. 24 avril 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 118, p. 119 ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 969, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — En faveur de la distinction : Paris 20 novembre 1930, Gaz. Pal. 1930, 2, 1042 ; D.H. 1932, Somm., p. 1. — Paris 6 octobre 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, 453. — Trib. Com. Seine 5 novembre 1935, Gaz. Pal. 1936, 1, 27. — Trib. Com. Marseille 19 décembre 1955, Banque 1956, p. 712, abs. X. MARIN.

(2) Civ. 22 janvier 1849, S. 1849, 1, 182 ; D. 1849, 1, 33. — Req. 17 août 1859, D. 1859, 1, 359 ; S. 1860, 1, 145. — Civ. 8 mai 1861, D.P. 1861, 1, 269 ; S. 1861, 1, 582. — Civ. 31 juillet 1900, D.P. 1901, 1, 275 ; S. 1902, 1, 119. — Req. 7 juin 1932, Gaz. Pal. 1932, 2, 450 ; S. 1932, 1, 32. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, 385. — Civ. 13 juin 1939, Rec. PENANT 1946, art. 6044, p. 48 note P. VOIRIN ; Gaz. Pal. 1939, 2, 290 ; D.H. 1939, 417. — C.E. 20 novembre 1936, D.H. 1937, 104. — Nancy 13 avril 1867, S. 1867, 2, 81. — Agen 26 novembre 1936, S. 1937, 2, 102. — Paris 2 juillet 1910, D. 1912, 2, 56 (qui refuse l'assimilation). — Rennes 13 juin 1963, D. 1964, Somm., p. 33 (V^o Cautionnement). — Caen 19 avril 1965, J.C.P. 1967, IV, p. 149, (V^o Cautionnement). — Lyon 19 mai 1965, Banque 1967, p. 116. — Grenoble 5 juin 1969, Journ. cour. Grenoble 1970, p. 221 ; Gaz. Pal. T.Q. 1966-1970, V^o Cautionnement n° 35.

(3) En faveur de l'assimilation : Req. 30 novembre 1932, Gaz. Pal. 1933, 1, 314. — Grenoble 28 juin 1972, reproduit en annexe de la chronique de M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai...* J.C.P. 1973, I, 2577, 3^e arrêt ; Journal des notaires et avocats, 1974, p. 359 (art. 51612), note J.V., pp. 360 à 361. — Dijon 17 mai 1974, J.C.P. 1976, II, 18222, Note M. DAGOT ; Rep. du notariat Defrénois, 1976, pp. 566-567, obs. J.L. AUBERT ; Rec. gen. Lois et jurisp. (rep. Comaille), 1976, pp. 343 et 344, obs. NICOLAS-JACOB ; D. 1975, Somm., p. 81. — En faveur de la distinction : Req. 20 février 1911, Gaz. Pal. 1911, 1, 475. — Civ. 30 novembre 1966, reproduit en annexe de la chronique précitée de M. DAGOT (2^e arrêt). Cet arrêt rejette le pourvoi lancé contre Amiens 2 février 1965, reproduit eod. loc. (1^e arrêt). — Civ. 22 mai 1973, J.C.P. 1973, II, 17572, note M. DAGOT ; Gaz. Pal. 1973, 2, Som., p. 177 ; D. 1973, I.R., p. 179. Solution très ténue, attribuable plutôt à l'arrêt d'appel frappé du pourvoi rejeté. — Besançon 15 mars 1935, S. 1936, 2, 5.

(4) Sont dans ce cas toutes les décisions citées supra notes 1 et 2, sauf : Grenoble 5 juin 1969.

(5) Il s'agit de : Civ. 30 novembre 1966 (confirmant la solution d'Amiens 2 février 1965) et de Civ. 22 mai 1973, toutes décisions précitées note 3.

Ou bien le créancier n'a pas voulu faire la moindre largesse au débiteur et il a tenté et multiplié les démarches diverses et comminatoires : l'intention de proroger le terme n'est pas établie et l'on ne saurait en conséquence faire subir à ce créancier un sort plus dur qu'à celui qui accorde une nouvelle échéance. Il doit donc, en application de l'article 2039 C. civ., conserver sa créance contre la caution.

Ou bien le créancier a réellement voulu accorder un sursis au débiteur principal, mais il ne l'a pas expressément mentionné (1) ; rien n'autorise à distinguer cette situation de la prorogation expresse, puisque l'intention est la même. Ni la lettre de l'article 2039 C. civ., ni a fortiori son esprit ne font de différence suivant le procédé d'extériorisation de la volonté de proroger le terme.

Ou bien enfin l'inaction du créancier résulte d'une insouciance critiquable car préjudiciable à la caution. C'est alors la faute du créancier qui pourrait servir de support à la libération de la caution mais non le report de date. Cette faute pourrait être la même dans une prorogation expresse.

Nulle distinction n'est donc à établir suivant la forme que revêt la prorogation. L'analyse des mobiles du créancier permettant de déceler un élément fautif qui dépasse le cadre de la simple prorogation peut justifier la reconnaissance d'un effet extinctif à la prorogation. Cependant le fondement est différent ; l'on ne raisonne plus en termes de changement de date, mais en termes de faute et de responsabilité (2). L'absence de poursuites à l'échéance n'aura de signification particulière qu'insérée dans son contexte ; seule une analyse casuistique définira les effets spéciaux de ce contexte (3).

Quelle que soit la situation envisagée, la prorogation d'échéance tacite s'assimile donc toujours à la prorogation expresse. C'est d'ailleurs en ce sens qu'est orienté le droit positif (4), sans que l'ignorance de l'avenir dans laquelle la prorogation tacite maintient la caution ait une incidence quelconque. La finalité de l'article 2039 C. civ. enjoint une telle assimilation et l'esprit du texte s'impose d'autant plus aisément que sa lettre n'y dresse pas d'obstacle. Le domaine d'application de cette disposition s'en trouve sensiblement agrandi mais son extension se heurtera à certaines barrières propres au droit cambiaire.

(1) Ou plus souvent encore la mention en est restée orale, et c'est seulement la preuve de l'intention du créancier qui fait défaut.

(2) Cf. infra, n° 245.

(3) Il ressort de l'étude des décisions de jurisprudence que les tribunaux, très pragmatiques, retiennent de l'espèce les éléments propres à éclairer leur religion sur l'insouciance ou la négligence du créancier et non la bonne foi de la caution.

(4) La jurisprudence a très tôt tenu cette position (Civ. 8 mai 1861, Agen 26 novembre 1836, précitées note 2 p. 296) qu'elle a depuis conservée dans sa majorité. — La doctrine l'en a toujours approuvée : TROPONG : *Droit civil expliqué*, t. 17, Du cautionnement, 1846, n° 568. — C. AUBRY et C. RAU : 4^e ed°, t. 4, (1871), § 429, texte et note 24, p. 698. — L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, 2^e ed°, (1895), n° 251 in fine, p. 284. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed° (1907), n° 1191, p. 627. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed° (1954), n° 1560, p. 1006 in principio, texte et note 1. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT (1970), n° 162. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2021-2027, n° 26.

241. — Difficultés présentées par le droit cambiaire. 2^o— L'article 2039 C. civ. étend son empire même en droit cambiaire. Cependant son avancée n'y est que timide, car la technique cambiaire dresse d'impénétrables frontières. Ce texte de droit commun a une indiscutable vocation à s'appliquer à l'aval, en l'absence de dispositions spéciales à la matière. Et c'est d'ailleurs ce qu'ont décidé quelques arrêts (1), approuvés avec réticence par une doctrine quelque peu indécise (2); mais le moule formaliste dans lequel doit se couler la prorogation d'échéance entraîne l'achoppement de la déduction.

Une première façon de réaliser une prorogation de terme consiste à modifier, sur le titre lui-même, la date d'échéance. Or cette modification est inopposable aux signataires antérieurs (article 178 C. com.) s'ils ne l'ont pas expressément acceptée (3). Le plus souvent la prorogation d'échéance est effectuée à la demande du tiré et lui est donc opposable même s'il avait accepté la traite auparavant. Mais cela n'est pas nécessairement le cas et, lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'article 178 C. com. met le tiré, et donc son avaliseur, à l'abri de toute prorogation indue. Le signataire protégé pourra donc invoquer la prescription comptée depuis la première échéance (4). L'échec de l'article 2039 C. civ. est patent.

En est-il de même lorsque la prorogation d'échéance est opposable au débiteur garanti ? La question mérite réflexion « en raison des caractères antagoniques de l'aval. Le caractère littéral de l'engagement invite à appliquer l'article 178, cependant que le caractère accessoire qui résulte de sa nature de cautionnement invite à soumettre l'avaliseur du tiré à une modification d'échéance acceptée

(1) Req. 16 juin 1846, D.P. 1846, 1, 284 ; S. 1846, 1, 440. — Req. 18 mai 1898, S. 1898, 1, 417. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, 385 ; Gaz. Pal. 1938, 2, 183. — Com. 12 juin 1978, D. 1978, I.R., p. 340 ; obs. M. CABRILLAC (V^{is} Effets de commerce). — Colmar 26 février 1932 ; Gaz. Pal. 1932, 1, 802.

(2) P. LESCOT et R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, n^o 558. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, (1974), n^o 33-B-b, p. 114. — R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, n^o 254, p. 216 in principio. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Chèques et effets de commerce*, Paris, P.U.F., 1978, n^o 187 p. 206.

(3) Com. 18 janvier 1955 : J.C.P. 1955, II, 8602, note P. LESCOT ; D. 1955, J., 188, note F. GORE ; Banque 1955, p. 243, note X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1955, p. 353, obs. J. BECQUE et M. CABRILLAC ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, n^o 43-A-a, pp. 155 à 157 et l'approbation de M. CABRILLAC. Tous les commentateurs de cette décision abondent en son sens.

(4) En ce sens, mais sans intervention d'un avaliseur : Com. 11 janvier 1972, Bull. civ. 1972, IV, n^o 17 ; D. 1972, som., p. 207 ; *La lettre de change dans la jurisprudence* : n^o 43-A-a., p. 157 à 159, obs. M. CABRILLAC ; Rev. trim. dr. com. 1972, pp. 662 et 663 (n^o 4), obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. Arrêt qui confirme la solution posée par Paris 28 février 1969, Rev. trim. dr. com. 1970, pp. 455 et 456, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Com. 17 juillet 1972, Bull. civ. 1972, IV, p. 217 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 35. — Com. 12 novembre 1973, Bull. civ. 1973, IV, n^o 320 ; Rev. trim. dr. com. 1974, p. 308 (n^o 7), obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

par ce dernier» (1). Avec l'auteur de cette interrogation, nous pensons, en l'absence de jurisprudence et sous réserve des situations d'espèce, que le caractère accessoire de l'aval est tenu en échec par le formalisme cambiaire. Trop d'aval sont accordés sans même que l'opération fondamentale soit connue du garant (2) pour qu'il ne faille pas accorder au caractère littéral la primauté que l'essence même de l'aval lui confère. «Dès lors, qu'il est entré dans le système cambiaire avec ses rigueurs, le donneur d'aval doit y recevoir les assurances qui procèdent de la forme et être certain de n'être engagé que dans les termes de l'écrit qu'il a signé» (3). Une nouvelle limitation au domaine d'application de l'article 2039 C. civ. s'impose donc.

La deuxième technique possible pour retarder l'échéance réside dans le renouvellement de l'effet exigible. Par hypothèse nous n'envisageons que le cas où le débiteur garanti signe le nouvel effet sans que l'avaliseur fasse de même, les autres cas (non participation du débiteur garanti ou, à l'opposé, signature de l'avaliseur) ne nécessitant aucun commentaire tant les solutions (absence d'engagement dans le premier cas, obligation cambiaire dans le second) sont tranchées.

Par principe le renouvellement est exclusif de toute novation (4), mais il se peut que les circonstances entourant l'opération permettent d'en juger autrement (5). En l'absence de stipulation spéciale ou de volonté novatoire établie, la même obligation se réincarne dans le nouvel effet, mais seuls les nouveaux signataires sont tenus. L'affirmation du non engagement de ceux qui n'ont pas signé l'effet de renouvellement nous paraît péremptoire (6) mais elle n'emporte cependant pas l'adhésion de tous au motif que le donneur d'aval est «tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant» (article 130

(1) M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 33-B-b-1, p. 115.
— Adde : J.L. RIVES-LANGE : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Thèse, Montpellier, 1961, Paris, L.G.D.J., (1962), (Bibl. dr. privé, t. 32, préf. J. BECQUE), n° 239, p. 299, texte et note 1. Cet auteur cite cependant comme favorables à la solution des opinions qui sont pour le moins évasives (notamment B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, § 172, pp. 191 à 193).

(2) Cf. les observations judicieuses et les inductions sur ce point de P.A. SIGALAS : *Aval de la lettre de change et cautionnement du rapport fondamental. Réflexions sur l'arrêt de la chambre civile, section commerciale, de la Cour de cassation du 2 mars 1964*, Rev. trim. dr. com. 1964, pp. 489 à 497, spécialement : n° 7, p. 495.

(3) M. CABRILLAC : op. et loc. cit.

(4) R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, n° 320, p. 278, note 2. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 78, et les décisions citées. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 43-B, p. 159.

(5) Cf. infra n° 243.

(6) Et c'est en son sens que se prononce Mr. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 33-B-b-2), p. 115.

alinéa 7 C. com.) (1). La question est d'importance car la pratique du renouvellement s'étend au-delà des cas de difficultés de paiement à l'échéance ; elle est parfois organisée dès l'origine du crédit (2) afin de permettre le réescompte des effets auprès de la Banque de France (3). Le créancier aura alors garde d'exiger de l'avaliseur l'engagement de porter sa signature sur les effets de renouvellement.

Pour ne pas être tenu jusqu'à la nouvelle échéance, l'avaliseur qui n'a pas accepté le renouvellement n'en est pas pour autant libéré. Si les premiers effets n'ont pas été détruits, l'engagement qu'ils portent demeure valable (4). L'avaliseur demeurera donc tenu non seulement en vertu du rapport fondamental de cautionnement que l'article 2039 C. civ. protège, mais également au plan cambiaire.

Un aval par acte séparé couvrant tant les effets existants que les effets à créer en renouvellement ne peut éviter ces déboires. La précision de la garantie des effets futurs est nécessaire puisque l'aval par acte séparé n'est valable que s'il mentionne l'échéance des effets couverts. A défaut de cette mention, le renouvellement n'engage pas l'avaliseur pour une nouvelle période (5).

(1) R.ROBLLOT : *Les effets de commerce*, n° 320 in fine, p. 279. Comp. cependant n° 255, p. 216, note 3 dans laquelle l'auteur rejoint l'opinion que nous soutenons. — Adde : du même auteur : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., V° AVAL, 2^e ed°, 1972, n° 50, et la constatation d'une jurisprudence dans les deux sens. — La Cour de cassation en a jugé de même, par deux décisions anciennes qui assimilent le renouvellement à une prorogation d'échéance soumise à l'art. 2039 C. civ. ; Req. 16 juin 1846, D.P. 1846, 1, 284 ; S. 1846, 1, 440. — Req. 18 mai 1898, S. 1898, 1, 447.

(2) Sur les modalités de cette organisation, cf. : J.L. RIVES-LANGE : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, Thèse précitée, n° 242, p. 230, texte et note 2.

(3) Les crédits d'accompagnement à la construction immobilière sont un bon exemple de cette pratique. Ces crédits ont pour objet de contribuer au financement des travaux par le promoteur en permettant le règlement des entreprises au fur et à mesure de leur exécution. Ils ont de préférence une durée de 1 ou 2 ans. Or la Banque de France n'accepte la mobilisation que d'effets à 90 jours. Ce sont donc des billets à ordre de cette durée qui sont établis en faveur de la Banque prêteuse (ou escompteuse) avec l'aval des dirigeants de la société de construction, aval qui matérialise le cautionnement fondamental qu'ils ont accordé pour l'ensemble du crédit. Sur ces techniques et les problèmes qu'elles font naître, cf. : J.L. HEBERT : *Aspects juridiques du financement de la construction et de l'accession à la propriété de logements en France*, Thèse, Caen, 1973 (dactyl.) t. 1, n° 37, p. 32 et n° 46, pp. 38 et 39.

(4) En ce sens : J.L. RIVES-LANGE : Thèse précitée, n° 243, p. 231, texte et note 2. — Comp. : Paris 11 octobre 1967, D. 1968, Somm., p. 66, qui a admis la libération de l'aval en déboutant le porteur du nouvel effet. Mais il n'est rien précisé sur le sort du premier effet. — Contra : J.L. HEBERT : Thèse précitée, n° 46, pp. 38 et 39, qui reconnaît cependant la survivance du rapport fondamental de cautionnement.

(5) Paris 11 octobre 1967, *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 33-B-b, pp. 115 et 116 ; Banque 1968, p. 473, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1968, p. 735 (n° 3), obs. M. CABRILLAC. Les commentateurs de cette décision en approuvent le principe.

La Cour de cassation a toutefois affirmé le maintien de l'engagement du donneur d'aval sans faire allusion au contenu de l'acte séparé (1).

Quant à la caution réelle qui a exprimé son engagement en la forme cambiaire, la diversité des éléments composant l'engagement entraîne un conflit. Puisque le renouvellement n'opère pas novation, les sûretés réelles attachées à la garantie de l'effet antérieur sont reportées sur l'effet nouveau par le mécanisme de la subrogation réelle (2). Ce principe conduirait à considérer un tel avaliseur comme toujours tenu ; mais il est préférable d'appliquer par priorité à la caution réelle, qui est d'abord une caution, les règles propres à sa garantie. Ici ce sont celles de l'aval, qui conduisent à lui éviter les contraintes de l'effet de renouvellement (3).

Une troisième technique propre à accorder un délai de faveur au débiteur garanti consiste pour le porteur à ne pas entamer les poursuites immédiatement. Ayant fait dresser un protêt conservatoire de ses droits, il peut temporiser et consentir ainsi une prorogation tacite d'échéance. L'article 2039 C. civ. qui avait subi l'échec imposé par la forme cambiaire reprend alors une vigueur que justifie l'absence de forme et de formalisme. L'avaliseur, dans les limites de la prescription, sera tenu jusqu'à la poursuite qui sera lancée à son encontre.

L'application de l'article 2039 C. civ. suit ainsi la tendance expansionniste que lui confère le droit commun. Ce domaine reconquis ne saurait cependant masquer les limites que connaît la portée de cette disposition.

Paragraphe 2

MODIFICATION DU TERME SUSPENSIF ET PROTECTION SPECIALE DE LA CAUTION

242. — Raisons et méthodes de la protection. La position de la caution risque d'être rendue fort délicate par la prorogation du terme ; mais c'est là par principe chose acceptée. Parfois cependant la prorogation réalise une

(1) Com. 12 juin 1978, ' D. 1978, I.R., p. 340, obs. M. CABRILLAC (vis Effets de commerce). Pour une tentative de justification de la solution par son inopuité relative envers le donneur d'aval, cf. obs. M. CABRILLAC sur l'arrêt, in fine.

(2) Req. 1er février 1876, S. 1876, 1, 149 ; D. 1878, 1, 229 ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 45, pp. 161, obs. M. CABRILLAC. — Req. 18 mai 1898, D. 1898, 1, 447. — Toulouse 8 mai 1888, D. 1889, 2, 208. — Adde : P. LESCOT et R. ROBLOT : t. 2, n° 616.

(3) En ce sens : J.L. RIVES-LANGE : Thèse précitée, n° 244, p. 232, note 3, qui remarque en outre que si le donneur d'aval consent au renouvellement «le transfert des garanties s'opère automatiquement, sans stipulation expresse».

altération du contrat qui en modifie profondément la structure. Le principe posé par l'art. 2039 C. civ. est alors rigoureux ; une protection de la caution s'impose. Elle peut être fournie par le droit commun dans certains cas spécifiques (A) ou résulter d'une stipulation contractuelle stéréotypée (B).

A — Protection par le droit commun

243. — Novation : bénéfice de subrogation. La prolongation de la durée devient un facteur d'extinction lorsqu'elle réalise un bouleversement du rapport obligatoire tel qu'il ne saurait lui survivre. La novation pour cause de prolongation peut ainsi être envisagée (1) bien que le principe soit en sens contraire (2). L'article 2039 C. civ. trouve dans la volonté des parties créatrices d'une nouvelle obligation une limite infranchissable mais rare (3). De même, et semble-t-il pour la même raison, l'article 1740 C. civ. prévoit-il que la caution est libérée dans l'hypothèse d'une prolongation du bail dont elle garantissait l'exécution par le preneur, ou même lorsque le preneur refuse de libérer les lieux après congé. Le Code civil apporte donc par cet article 1740 une exception remarquable au principe qu'il pose dans son article 2039, mais une exception qui reste de domaine étroit (4).

C'est plus souvent par l'application du bénéfice de subrogation (art. 2037 C. civ) que l'article 2039 sera écarté. Cette technique d'application fort

(1) Le cas s'est présenté dans une espèce ancienne et fort confuse (Limoges 21 janvier 1889, D.P. 1890, 2, p. 12 (2^e espèce). La caution avait garanti le paiement de quatre traites tirées en 1882 ; le créancier bénéficiant de ce cautionnement était lui-même caution du tiré. Il fut contraint de s'exécuter, en payant non pas les quatre traites primitives, mais quatre traites du même montant tirées en 1885, avec des mentions légèrement différentes. Il assigna alors sa propre caution qui excipa de la novation. La Cour d'appel la suivit sur ce terrain, écartant la prorogation de terme par renouvellement au motif que les conditions différentes des nouveaux effets entraînaient l'existence de nouvelles valeurs ayant remplacé les premières.

(2) La prorogation de terme ne crée pas une obligation nouvelle et n'entraîne donc pas novation : Req. 13 novembre 1977, D.P. 1878, 1, 300 ; S. 1878, 415. — Limoges 15 juin 1898, S. 1901, 2, 134. — En ce sens : L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, 2^e ed^o, n^o 251, p. 284. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n^o 1144, p. 600.

(3) Sur la limite découlant de la novation : L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, précité, n^o 251, p. 284. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, ibidem. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1550 in fine, p. 1001.

(4) Les tribunaux ne paraissent pas l'avoir souvent appliquée. Cf. Paris 8 novembre 1975, J.C.P. 1978, II, 18908, note P. SIMLER ; la Cour n'aborde même pas le problème alors que les circonstances de l'espèce le réclamaient. v. d'ailleurs les obs. de P. SIMLER (III de la note) qui critique vivement cet article 1740 auquel « on n'a pas, semble-t-il, songé jusqu'à ce jour » et qui propose son abrogation.

délicate démontre ses insuffisances. Destinée à d'autres fins, elle est ici inadap-tée (a) ; c'est pourquoi nous proposerons d'organiser la libération de la caution sur des bases différentes (b).

a) L'inadaptation de l'article 2037 C. civ. à la situation visée

244. — **Rigueur des conditions de l'art. 2037.** En accordant au débiteur principal un délai supplémentaire, le créancier espère lui permettre d'améliorer sa situation financière. Trop souvent en réalité ce répit est mis à profit par le débiteur pour aggraver sinon organiser son insolvabilité. Le créancier se tourne vers la caution qui, ne voulant pas être la victime expiatoire de son ressentiment, lui reproche son ingénuité ou son insouciance. Parant l'incompé-tence du créancier des atours de la faute, elle invoque le bénéfice de subrogation (article 2037 C. civ.). L'aspect protéiforme de cette protection se prête à ce rôle salvateur qui lui est demandé ; le nombre des litiges dans lesquels il est invoqué «à toutes fins utiles» fait d'ailleurs preuve des espoirs qu'il recèle (1).

Les conditions d'application du bénéfice de la subrogation sont, fort heureu-sement pour le respect du texte et de son esprit, rigoureusement exigées par la jurisprudence. Exprimant un dessein sanctionnateur, l'article 2037 C. civ. exige avant tout une faute du créancier. Il suffirait qu'elle soit légère et même d'abstention ; mais l'on ne saurait appliquer cette qualification à l'absence de poursuites à l'échéance (2), pas plus qu'à la prorogation expresse de terme (3). L'exception à cette affirmation générale peut évidemment résulter de l'excès du créancier attendant trop longtemps l'hypothétique exécution du débiteur principal (4), ou consister dans le mépris évident de la caution concrétisé

(1) Cf. infra n° 388.

(2) La jurisprudence, approuvée par une doctrine unanime, décide que la prorogation tacite de terme résultant de l'inaction du titulaire d'une créance exigible ne se différencie en rien d'une prorogation expresse (sur ce point cf. supra n° 240, et les décisions citées). L'omission des poursuites n'est donc pas plus fautive que l'octroi d'un nouveau terme puisque l'art. 2039 C. civ. légitime les deux.

(3) Pour une analyse complète de l'absence de faute du créancier qui ne poursuit pas le débiteur à l'échéance, ou qui n'applique pas la clause contractuelle d'exigibilité anticipée en cas d'inexécution partielle, cf. : Chron. M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle...* précitée, J.C.P. 1973, I, 2577, I.A. de la chronique, n° 4 à 7.

(4) Par ex. ce créancier d'une dette à échéance d'un an qui n'a obtenu un jugement contre son débiteur que 10 ans plus tard (La Haye 2 janvier 1820, D. Jur. Gén., V° CAU-TIONNEMENT, n° 371, note 2, p. 612, 1^e col. (La Cour libérant d'ailleurs la caution par d'autres moyens que l'art. 2037 C. civ.). — ou encore celui qui, après une inexécution du débiteur à la 1^e échéance annuelle d'un prêt de 9 ans devenu aussitôt exigible, n'a assigné la caution que 11 ans plus tard, après le règlement judiciaire du débiteur (Civ. 6 octobre 1971, D. 1973, J. 316, note T. IVAINER ; Bull. civ. 1971, I, n° 253, p. 214 ; J.C.P. 1971, IV, p. 254, V¹⁸ caution-cautionnement ; D. 1972, somm., p. 63, V° caution-nement, qui applique l'art. 2037 C. civ.).

par l'absence totale d'informations lui permettant de se prémunir contre les conséquences de l'insolvabilité du débiteur principal (1). Des voix s'élèvent pour exiger que la caution soit ainsi mise à même d'exercer les recours que lui offre la loi (2). Il est vrai que le silence du créancier la porte à croire au dénouement de l'opération sans heurt ; si elle pensait le débiteur solvable lors de l'échéance, «il est bien naturel... de croire que le créancier a poursuivi et s'est fait rembourser» (3). Cependant, si justifiée que soit l'analyse de la faute, elle n'opère efficacement qu'à la condition que le créancier ait compromis la subrogation de la caution dans un droit préférentiel.

La deuxième condition d'application du bénéfice de subrogation opère un barrage puissant à la libération de la caution. Seules les hypothèses dans lesquelles le créancier disposait d'un droit particulier (autre que le droit de gage général) dans lequel il aurait pu subroger la caution ouvrent droit à l'application de l'article 2037. Certes la jurisprudence entend cette notion de droit préférentiel avec une relative largesse mais elle n'en demeure pas moins l'obstacle le plus efficace à l'octroi d'une protection à la caution contre les conséquences de la prorogation de terme (4).

(1) La jurisprudence dans sa majorité refuse de faire peser sur le créancier une obligation d'information (cf. infra n° 371 et suiv.). Néanmoins certaines décisions arguent de l'aggravation de la situation de la caution due à l'absence de renseignements sur la solvabilité du débiteur et son évolution pour la libérer : Paris 20 novembre 1930, Gaz. Pal. 1930, 2, 1042 ; D.H. 1932, somm., p. 1. — Paris 25 novembre 1936, Gaz. Pal. 1937, 1, Tables, Vis effets de commerce, n° 12. — Paris 6 octobre 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, 453. — Trib. Com. Seine 5 novembre 1935, Gaz. Pal. 1936, 1, 27. — La Cour de cassation belge a admis que, en fonction de circonstances propres à l'espèce, «le non avertissement de la prorogation d'un terme peut constituer une faute qui prive la caution de la possibilité de prendre des mesures conservatoires de ses droits» : A. VANOVERBROEK : *A propos d'un mode d'extinction du cautionnement : l'article 2037 du Code civil*, *Revue de la Banque* (belge), 1968, pp. 422 à 434, spécialement n° 15, p. 432, qui cite : Cass. (belge) 24 février 1967, Pasirisie, 1967, 1, 792.

(2) Notamment X. MARIN (obs. à la revue Banque 1970, p. 923, sous Civ. 16 février 1970) qui estime que «la caution doit être, en bonne logique, avisée de la prorogation pour pouvoir exercer son recours».

(3) G. LAMBERET : *De la subrogation légale au profit de ceux qui étaient tenus avec ou pour d'autres*, Thèse, Paris, 1881, Paris, A. Derenne (1881), p. 179.

(4) Civ. 22 janvier 1849, S. 1849, 1, 182 ; D. 1849, 1, 33. — Req. 17 août 1859, D.P. 1859, 1, 359 ; S. 1860, 1, 145. — Civ. 8 mai 1861, D.P. 1861, 1, 269 ; S. 1861, 1, 582. — Req. 31 juillet 1900, D.P. 1901, 1, 275 ; S. 1902, 1, 119. — Req. 7 juin 1932, S. 1932, 1, 327 ; Gaz. Pal. 1932, 2, 450. — Req. 16 mars 1936, D.H. 1936, 217. — Req. 16 mars 1938, D.H. 1938, 292 ; Gaz. Pal. 1938, 2, 15. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, 385 ; Gaz. Pal. 1939, 2, 290. — Civ. 6 janvier 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 9, p. 7. — Civ. 27 février 1968, Bull. civ. 1968, I, n° 81, p. 64 ; J.C.P. 1968, IV, p. 58. — Civ. 16 février 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 58, p. 47 ; D. 1970, p. 428 ; J.C.P. 1970, IV, p. 92 ; Banque 1970, p. 923 et 924, obs. X. MARIN. — Com. 5 novembre 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 264, p. 247. — Com. 24 avril 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 118, p. 119 ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 969, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Civ. 3 décembre 1974, Bull. civ. 1974, III, p. 349 ; Gaz. Pal. 1975, 1, Som. p. 17 ; Rev. loy. 1975, 1, p. 29. — C.E. 20 novembre 1936, Gaz. Pal. 1937, 2, 186. — Paris 6 mai 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 186. — Caen 19 avril 1965, J.C.P. 1967, IV, p. 149, V° cautionnement. — Lyon 19 mai 1965, Banque 1967, p. 116.

La troisième et dernière condition imposée pour que joue le bénéfice de subrogation réside dans le préjudice que doit avoir subi la caution. Cette exigence purement prétorienne atténue les apparences résolument sanctionnatrices de l'article 2037 et lui ôte ce qu'il pourrait avoir de désagréable. S'il permettait la disparition d'un garant dont le sort n'aurait pas été aggravé par la conduite fautive du créancier, le bénéfice de subrogation dépasserait la finalité qui lui est assignée. C'est la caution qui doit supporter les coups du sort et non le créancier. Que la caution soit protégée contre les conséquences, graves pour elle, de la faute du créancier est équitable ; qu'elle profite de cette faute pour s'échapper d'une situation qui sans elle n'eût pas été meilleure n'est plus admissible. C'est le créancier qui doit rendre la subrogation impossible et non la fatalité. En toute hypothèse une prorogation de terme même fautive qui n'aggrave pas l'impossibilité de subrogation, par exemple parce que la sûreté réelle annexe était déjà sans valeur, demeure impuissante à mettre en jeu l'article 2037 du C. civ.

A l'issue de cet examen, l'on s'aperçoit que la prorogation de terme n'ouvre que fort rarement la porte de la libération à la caution. Il faut que cette prorogation soit fautive (1) et qu'elle entraîne la disparition d'un droit préférentiel qui, sans elle, eût été efficace. La rigueur de cette application dogmatique se retrouve dans les propos de la majorité des auteurs (2) qui approuvent la Cour de cassation de ne permettre la libération d'une caution que dans le cadre strict de l'article 2037 (3).

(1) Et comment le serait-elle dans l'optique de certaines décisions de la Cour de cassation, qui ne craint pas d'affirmer sans réserve qu'«on ne peut voir dans le retard, *quelque prolongé qu'il soit*, à diriger les poursuites et à *quelque époque que soit survenue l'insolvabilité* du débiteur, une cause empêchant la subrogation dans les droits du créancier, et donnant lieu à l'application de l'article 2037 C. civ...» (Civ. 8 mai 1861 précité, D.P. 1861, 1, 269 ; S. 1861, 1, 582). Avec le temps les formes se sont quelque peu adoucies, mais l'on observe encore que «le créancier peut accorder *plusieurs prorogations de terme*... sans perdre son recours contre la caution...» (Civ. 16 février 1970, précité, Bull. civ. 1970, I, n° 58, p. 47 ; noter qu'une réserve prudente concernant 2037 suit cette affirmation).

(2) Cf. notamment : L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement*, 2^e ed°, n° 235, pp. 264 et 265. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 1176, p. 615. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER, 2^e ed°, n° 1560, p. 1007. — H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 5^e ed°, n° 24, 4^e et 5^e, p. 32. — Adde : P. VOIRIN : note au Recueil PENANT 1945-1946, pp. 48 à 51, sous Civ. 13 juin 1939, spécialement I, p. 49. — T. IVAINER : note au Dalloz 1973, J., pp. 316 à 319, sous Civ. 6 octobre 1971, passim. — S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Rev. trim. dr. civ. 1974, pp. 309 à 346, spécialement n° 63, pp. 334 et 335.

(3) Décisions dont les motifs ou le dispositif sont en ce sens : Civ. 18 décembre 1844, S. 1845, 1, 108 ; D.P. 1845, 1, 47. — Req. 8 août 1872, S. 1872, 1, 425 ; D.P. 1873, 1, 240. — Req. 2 décembre 1895, S. 1896, 1, 65 ; D.P. 1896, 1, 255. — Civ. 8 juillet 1913, S. 1914, 1, 365 ; D.P. 1914, 1, 241. — Civ. 16 mars 1938, D.H. 1938, 292 ; Gaz. Pal. 1938, 2, 183. — Civ. 16 février 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 58, p. 47 ; D. 1970, p. 428 ; J.C.P. 1970, IV, p. 92 ; Banque 1970, pp. 923-924 obs. X. MARIN.

Or, malgré ce flot d'avis convergents, certains arrêts trouvent dans la prorogation d'échéance la raison d'une libération de la caution par application de l'article 2037 C. civ. bien que ses conditions normales ne semblent pas remplies (1). Plutôt que de s'insurger contre l'insuffisance du raisonnement et la violation du dogme, il est préférable d'analyser le pourquoi de cette attitude.

b) La justification proposée en fonction de la situation concernée

245. — Critères de libération : absence d'intérêt et extranéité de la caution. L'explication de cette libération «subversive» se trouve davantage dans le fondement de l'article 2037 C. civ., dans ses racines sociologiques, que dans son régime juridique. Le bénéfice de subrogation exprime en réalité le besoin profond de protection qu'inspire la caution lorsque sa situation est trop insoutenable. Et c'est dans les éléments de son inclemence que nichent les raisons d'une libération toute particulière de la caution.

Ce qui rend hasardeuse la position de la caution, et incite à la sollicitude, c'est d'une part l'absence pour elle d'une contrepartie à son engagement et d'autre part son éloignement par rapport à l'obligation principale qui lui interdit de défendre ses droits. Ignorante de l'évolution de l'opération garantie, démunie d'intérêt dans l'affaire, la caution apparaît frêle et nue. C'est dans la réunion de ces deux caractères qu'il faut voir le critère, même flou, d'une séparation entre l'application rigoureuse et l'application compréhensive de l'article 2037 C. civ.

La caution qui trouve une contrepartie, même indirecte (2), à son cautionnement ou bien celle qui est intégrée dans l'opération complexe qui a motivé son intervention (et ce sont souvent les mêmes personnes : dirigeants cautionnant

(1) Trois décisions fortement commentées et critiquées ont statué en ce sens : Civ. 6 octobre 1971, D. 1973, J., 316 note T. IVAINER ; Bull. civ. 1971, I. n° 253, p. 214 ; J.C.P. 1971, IV, p. 254 (V^{is} Caution - Cautionnement). Arrêt et rejet s'abritant derrière la décision des juges du fond (Caen 13 juin 1969, non publié). — Civ. 12 novembre 1974, J.C.P. 1975, II, n° 18182, (1^e esp.) note P. SIMLER ; Bull. civ. 1974, III, p. 313 ; Gaz. Pal. 1975, I, Som. p. 17 ; Rev. Loy. 1975, p. 127 ; D. 1975, I.R., p. 25. V^o Cautionnement. Arrêt de rejet. — Pau 31 octobre 1974, J.C.P. 1975, II, 18182 (2^e esp.) note P. SIMLER ; D. 1975, Som., p. 1 (V^o cautionnement).

(2) Et l'on peut reprendre ici le critère jurisprudentiel utilisé pour déterminer le caractère commercial du cautionnement : un intérêt d'ordre patrimonial, personnel et déterminant (Cf. pour l'étude des divers éléments : P. SIMLER ; *J. Cl. civ.* art. 2011-1020, n° 120, à 124. — Adde : R. CONTIN et H. HOVASSE : Note au Dalloz 1971, pp. 605 à 607 sous Com. 10 février 1971 ; A. JAUFFRET : *Encycl. Dalloz. Rep. dr. com.* 1^e ed°, 1956, V^{is} ACTES de COMMERCE, n° 443.

«leur société» et cautions professionnelles) (1) sont à même d'assurer personnellement leur protection. A elles d'exercer ce qu'un auteur a nommé la «vigilance de la caution» (2). Elles en ont les moyens techniques et juridiques ; si elles ne les exercent pas elles sont impardonnables. De toutes façons elles ne pâtiront que très relativement d'avoir à supporter la charge de la dette puisque la contrepartie qu'elles y ont trouvée (3) équilibre leur patrimoine. Qu'elles évitent ou qu'elles compensent la perte, le risque moindre qu'elles courent entraîne à plus de sévérité à leur égard.

Au contraire la caution qui ne dispose pas de ces moyens de protection invite au laxisme dans l'application des règles d'extinction de son engagement. Sa protection peut s'organiser dans le cadre de l'article 2037 C. civ., en utilisant ce texte dans son esprit sans même forcer sa lettre. Soutenir que parmi les «droits, hypothèques et privilèges du créancier» auxquels la caution espèrerait être subrogée il y a place pour le droit de gage général est chose fort possible (5) (6). Il n'en demeure pas moins que, dans une conception saine des causes d'extinction, il ne faut pas étendre ainsi le domaine normal du bénéfice de subrogation sous peine de jeter le doute sur l'utilité du cautionnement et d'entraîner une

(1) La dualité des caractères est évidente chez les dirigeants de sociétés, qui ont, en vertu de la jurisprudence sur le caractère commercial du cautionnement, un intérêt personnel déterminant, et qui sont au cœur des activités du débiteur en leur qualité d'administrateur (lato sensu) du patrimoine social.

Elle est plus discrète mais non moins réelle chez les cautions professionnelles. (Sociétés de cautionnement, Banques, Sociétés de caution mutuelle). Outre l'intérêt qu'elles ont à cautionner, et qui consiste dans la rémunération en espèces de leur service, elles s'intègrent à l'opération cautionnée en surveillant les activités du débiteur. Il n'est pas d'opération importante qui soit garantie sans que tous les éléments n'en aient été évalués ; il n'est pas de débiteur qui soit couvert sans qu'il n'ait communiqué ses documents comptables. Parfois même, la surveillance est régulière ; ainsi l'Etoile commerciale, Société de cautionnement auprès de l'administration fiscale et des Douanes, exige la délivrance annuelle des principaux livres et résultats de l'exercice.

(2) T. IVAINER : Note au Dalloz 1973, précitée, spécialement I.B., p. 318. Cet auteur reconnaît à la caution trois moyens d'éviter les conséquences de la prorogation d'échéance :
- «exiger le jour du terme la justification par le débiteur de sa libération, et en cas de carence :
- se substituer au débiteur et régler le créancier nonobstant toute prorogation,
- poursuivre le débiteur en paiement ainsi que l'y autorise l'art. 2039».

(3) Que cette contrepartie soit ponctuelle, ou, plus fréquemment, qu'elle porte sur les grands nombres (cautions professionnelles) et sur la jouissance plus ou moins abusive du patrimoine du débiteur (dirigeants de sociétés).

(5) Une telle solution est implicitement adoptée par 2 décisions (Civ. 12 novembre 1974 et Pau 31 octobre 1974) qui respectent cependant les apparences en faisant semblant de trouver des droits préférentiels là où il n'y a qu'un droit de gage général. Cf. sur ce point la remarquable analyse de Mr. P. SIMLER dans sa note sous ces arrêts (J.C.P. 1975, II, 18182 ; spécialement II-A de la note) dont nous n'approuvons cependant pas la position très rigoriste et critique.

(6) C'est indirectement à une telle solution que se rallie G. LAMBERET lorsqu'il propose de ne voir dans l'application de l'art. 2037 qu'«une question de fait» reposant sur la seule faute du créancier ; la condition de perte d'un droit préférentiel est alors éludée. (Thèse précitée : *De la subrogation légale...* Paris, 1881, p. 179).

réaction de durcissement par la multiplication des renonciations, ou d'abandon au profit d'une autre garantie (1). Plutôt que d'utiliser l'article 2037 comme prétexte, mieux vaut l'écarter pour chercher ailleurs.

Des auteurs ont montré la voie en incluant dans la matière les principes voilés et aménagés de la responsabilité civile (2). La solution proposée dans le domaine du droit cambiaire repose tant sur la faute du créancier à ne pas remettre à son solvens «un effet lui permettant de recourir à son tour contre ses garants avec toutes les garanties qui y sont attachées... (3) que sur une optique nouvelle de sa sanction « la meilleure réparation concevable consistant à lui refuser toute action contre l'avaliseur » (4). Le propos est suffisamment général pour être adapté et adopté en droit commun. D'aucuns évidemment seront amenés à critiquer ce nouveau progrès des méthodes de la responsabilité (5). Force cependant est d'en reconnaître la nécessité car mieux vaut une vérité sans fard qu'une dissimulation des réalités sous le manteau d'un texte qu'il convient de ne pas étirer.

L'utilisation diacritique que l'intérêt et la compétence de la caution ouvrent aux facteurs d'extinction de son engagement des perspectives qu'il convient de mesurer. Mesurer d'abord en les limitant à une juste proportion : d'une part seule la faute du créancier sera susceptible d'entraîner sa déchéance ; or l'article 2039 C. civ. pose indirectement une présomption d'absence de faute dont il sera très difficile à la caution de démontrer la fausseté ; d'autre part seule la caution non intégrée et non intéressée pourra bénéficier de cette cause spéciale d'extinction. Mesurer ensuite en évaluant la portée de cette perspective. L'affaiblissement qu'elle porte au cautionnement n'est-il pas mortel pour lui ? La réponse tient dans la genèse même du phénomène. En ne faisant qu'organiser et délimiter un procédé qui existe déjà, nous n'en étendons pas l'efficacité. Nous constatons simplement son existence en termes juridiques, ce qui ne saurait affaiblir une sûreté vivace et en plein épanouissement. La portée de la technique ne dépasse donc pas celle du fait qui l'engendre. Or celle-ci est des plus restreintes. Elle ne constitue qu'une dérogation au principe posé par l'article 2039 C. civ., et hérite de cette nature restrictive un domaine réduit.

(1) En ce sens : P. SIMLER, note précitée, qui craint précisément que les décisions commentées ne créent une telle évolution.

(2) P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, n° 505-70, p. 573. — Les propositions de ces auteurs sont reprises et foncièrement adoptées par MMs M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : *Rev. trim. dr. com.* 1972, p. 968, n° 4, in fine. (obs. sous Com. 14 février 1972), et surtout par Mr M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence* (Librairies techniques 1974), n° 33-B-a in fine, p. 114. — Comp. cependant R. ROBLOT : *Les effets de commerce* (1975) qui garde le silence sur ce problème.

(3) P. LESCOT et R. ROBLOT : *op. et loc. cit.*

(4) P. LESCOT et R. ROBLOT : *ibidem*.

(5) Comp. dans un domaine voisin, M. DAGOT : Note au J.C.P. 1976, II, 18222 sous Dijon 17 mai 1974, qui regrette qu'on ne fasse «une fois de plus, qu'introduire le droit de la responsabilité avec ses imprécisions et ses «flous» dans un domaine juridique qui avait jusqu'à maintenant la réputation justifiée d'être bien défini ; le droit du cautionnement deviendra lui aussi une terre mouvante» (II de la note, 2^e col., avant dernier alinéa).

Il réside dans l'extinction pour prorogation fautive du terme suspensif moins de probabilités de libération que dans la stipulation par la caution de clauses relatives au terme. Qu'il s'agisse de la prévision d'un terme extinctif propre au cautionnement, qui ne saurait être modifié par un report de l'exigibilité de l'obligation principale (1), ou qu'il s'agisse encore d'une disposition contractuelle entravant la libre prorogation d'échéance par le créancier, la portée de l'article 2039 du Code civil trouve dans la volonté individuelle de la caution des barrières autrement efficaces.

B — Protection par le contrat

246. — Formation du contrat. La caution qui souscrit aux demandes du débiteur et aux exigences du créancier est rarement en position d'imposer sa volonté, en dehors des conditions principales de son engagement. Elle n'est donc à même ni d'envisager ni de requérir l'inclusion d'une clause dérogeant à l'article 2039 C. civ. Fort heureusement pour elle, la présence lors de la rédaction du contrat d'un élément extérieur, tel qu'un notaire ou l'utilisation d'un formulaire d'actes sous-seings privés, permettra de compléter le contrat par des dispositions en sa faveur. L'acte devient alors, «par l'effet de l'intervention notariale... une construction triangulaire... Le contrat n'est, en fait, qu'un accord de volonté sur l'essentiel. Pour le reste, la volonté des contractants n'est très souvent qu'une adhésion de confiance à un ensemble de stipulations que le notaire leur présente comme étant celles qui leur conviennent le mieux» (2).

Parmi les clauses insérées par les notaires figure une stipulation qui réglemente les conditions d'octroi d'une prorogation du terme. La présence de cette clause suscite quelques réflexions (a) et son interprétation quelques difficultés (b).

a) Examen de la clause

247. — Contenu. La clause en elle-même est très simple, et sa finalité apparente ne fait pas difficulté. En précisant que le créancier «ne pourra accorder aucune prorogation de délai à ses débiteurs sans le consentement

(1) Paris 2 juillet 1910, D. 1912, 2, 56. — Colmar 26 février 1932, Gaz. Pal. 1932, 1, 802. — Adde, infra n° 274, l'étude de l'influence d'un terme propre au cautionnement.

(2) J.L. SOURIOUX : *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Thèse, Paris, 1965, Lib. du journ. des not. et avoc., 1967, préf. J. BOULANGER, n° 19, p. 23.

exprès et par écrit de [la caution], sous peine de perdre tous recours et actions contre cette dernière» (1), le contrat limite la liberté du créancier et déroge à l'article 2039 C. civ. (2). La fréquence de cette clause dans les actes notariés (3) dénote «sous son aspect technique le rôle traditionnellement pacificateur du notariat» (4). Les notaires, qui sont naturellement conduits «à rechercher un équilibre plus satisfaisant des rapports du créancier et de la caution» (5), utilisent des formules qui «traduisent ce qui répond le mieux d'ordinaire (*quod pluremque fit*) à l'intérêt des contractants» (6). A ceci s'ajoutent les «raisons puissantes de commodité et d'opportunité» (7) qui président à l'utilisation des formulaires et donc à la reproduction de la clause (8).

(1) Cette clause se retrouve à l'identique dans de nombreux formulaires notariaux ou formulaires d'actes sous-seings-privés.

a) — Formulaires notariaux : DEFRENOIS : *Traité pratique et formulaire général de notariat*, 5^e ed^o, vol. 4, 1884, formule 739, p. 77 in fine. — E. CLERC, DALLOZ et VERGE : *Formulaire du notariat*, 9^e ed^o par A. BESNARD, t. 1, 1913, titre IV, Actes de cautionnement, formule 1, p. 492, 2^e col. — Répertoire Notarial DALLOZ, t. 3, *formulaires* (1958) ; V^o CAUTIONNEMENT, form. 198, p. 95. — Juris-Classeur Notarial, 2^e partie (formules commentées), V^o CAUTIONNEMENT (1958), p. 5 in fine. — A. LAPEYRE : *Le droit notarial et les techniques des contrats. Les éléments primaires des contrats*, III, Les prix (1967), Cautionnement simple, clause 5, p. 44. — A. JAVON : *Petit formulaire des notaires*, 11^e ed^o, par B. LECOURT, (1974), n^o 72, Cautionnement simple, p. 297. b) — Formulaires d'actes sous-seings-privés : C.R. COINTE et F.X. CHARDEVEL : *Nouveau formulaire d'actes usuels et sous-seings-privés*, nlle ed^o, 1932, V^o CAUTIONNEMENT, formule de cautionnement simple pour une obligation, p. 255. — LAINEY-LECOURT : *Formulaire d'actes usuels sous-seings-privés*, 12^e ed^o, (1972), V^o CAUTIONNEMENT, form. 5, cautionnement simple, p. 171 in principio.

(2) Nombre de formulaires n'introduisent cette dérogation que dans la formule de cautionnement simple, et l'éluent dans le cautionnement solidaire (cf. notamment : Répertoire notarial Dalloz, LAINEY-LECOURT et COINTE-CHARDEVEL précités). Il faut voir là une volonté de ne pas affaiblir la sûreté et le respect d'«une considération particulière aux parties ou à l'objet du contrat» (G. RIPERT : *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, n^o 167, p. 397).

(3) En ce sens M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution*. J.C.P. 1973, I, 2577, qui note (n^o 2) que les actes notariés contiennent cette clause «de manière très habituelle» et qu'elle est «très répandue» puisqu'on la «retrouve pratiquement dans tous les formulaires notariaux».

(4) J.L. SOURIOUX : Thèse précitée, n^o 2, p. 2 in principio.

(5) M. DAGOT : chron. précitée, n^o 1.

(6) J.L. SOURIOUX : Thèse précitée, n^o 10, p. 8.

(7) R. Von JHERING : *L'esprit du droit romain*, Trad. O. de Meulenaere, Paris, Marescq, Livre 2, titre 3, chap. 2, p. 270. — Adde : A. DUNES : *Documentation juridique*, Paris, Dalloz, 1977, n^o 255, pp. 183-184.

(8) Sur l'interaction de la pratique sur les formulaires qui en récoltent les fruits, et des formulaires sur la pratique, cf. : J.L. SOURIOUX, thèse précitée, n^o 11, p. 9.

Cette clause est le résultat de l'équilibre des intérêts objectivement appréciés par un tiers à l'acte de cautionnement (1). Elle semblerait donc démentir les éloges dont on entoure les dispositions de l'article 2039 C. civ. Si les praticiens du droit qui ont le contact le plus étroit avec des créanciers et des débiteurs jugent que la caution doit être protégée contre l'insouciance, voire même l'inconscience du créancier, c'est que l'article 2039 C. civ. ne reposerait pas sur un *concessus général*, sur une base sociologique solide. Il ne serait que le fruit de l'esprit orienté de juristes rigoristes. L'on a écrit en ce sens que le «but de cette clause est évident et vise à limiter dans le temps l'engagement de la caution» (2). Elle prendrait donc le contrepied exact de la solution législative.

248. — Finalité. Tel n'est cependant pas notre avis, malgré l'existence d'évidences dont le caractère trompeur dévoile les dangers. Une telle clause ne concerne pratiquement que des cautions non professionnelles (3), souvent liées au débiteur principal par des relations doubles de parenté et d'intérêt commun (4). Or de telles cautions sont toutes disposées à faciliter au débiteur

(1) Lorsque ce tiers est absent, le créancier qui fournit et impose un formulaire se garde bien d'y glisser une clause qui le désavantagerait. Aucun des formulaires de banque ou d'établissements de crédit que nous avons consulté ne la recèle, pas plus d'ailleurs que les formules proposées par l'AFNOR pour des cautionnements destinés aux administrations publiques. — En revanche le Crédit Agricole Mutuel prend bien soin, dans l'article de son contrat de prêt relatif au cautionnement, de stipuler que les cautions «acceptent sans réserve toutes prorogations ou délais qui pourraient être éventuellement accordés aux emprunteurs» : (art. 19, 4^o, du contrat). C'est pour cette Banque faire preuve d'une défiance certaine à l'encontre de la pratique notariale sur ce point.

(2) M. DAGOT : *chron.* précitée, n^o 2.

(3) Il est toutefois remarquable qu'une caution professionnelle en position d'imposer sans restriction sa volonté ait recours à la même clause : le Crédit Agricole, qui accorde son cautionnement aux emprunteurs hypothécaires concluant leur contrat par l'entremise des notaires, accepte de prolonger sa garantie à condition que la prorogation soit préalablement agréée par ses soins (formulaire de «garantie de bonne fin des prêts hypothécaires privés» (janvier 1977), art. 4-A, p. 5 *in principio*). Ceci peut s'expliquer d'abord par l'habitude solidement ancrée dans la pratique de tolérer ces prorogations, ensuite par le désir de fournir une garantie adaptée aux besoins des parties et qui tienne compte des pratiques courantes, enfin par l'absence d'inconvénients majeurs puisque la poursuite de l'opération est une source supplémentaire de profits pour une caution par ailleurs bien garantie.

(4) C'est un poncif que d'affirmer que le cautionnement est avant tout et demeure un service de parent ou d'ami. Une manifestation tangible se trouve dans les exemples pris par les rédacteurs de formulaires dans le but de rendre plus vivant leur libellé. Collant à la réalité, ils mettent en scène dans le rôle de la caution, qui un père, qui un beau-frère, mais toujours un membre de la famille ou de la même profession (cf. formulaires JAVON (précité) p. 197 ; LAINEY-LECOURT (précité) p. 168 et suiv...). Cette constatation se retrouve dans maints arrêts qui prennent la peine de préciser le lien de parenté entre la caution et le débiteur. Par exemple : PAU 31 octobre 1974, J.C.P. 1975, II, 18182, note P. SIMLER, pour un beau-frère. — Com. 10 janvier 1978, Bull. civ. 1978, IV, n^o 19 p. 15, pour un gérant qui engage sa société en faveur de celle de son frère. — Civ. 1 21 juin 1978, Bull. civ. 1978, I, n^o 237, pp. 188-189 ; D. 1979, inf. rap., 141 obs. M. VASSEUR, pour un frère. — Com. 10 juillet 1978, Bull. civ. 1978, IV, n^o 193 p. 163, pour un ami exerçant la même activité professionnelle que le débiteur principal.

principal le bénéfice de délais supplémentaires s'il est gêné par les échéances prévues. Elles sont en outre peu désireuses de payer elles-mêmes le créancier (1). Devant l'alternative payer ou espérer, elles choisiront toujours le moindre mal. Ceci implique chez elles une prédisposition certaine à donner leur accord systématique à toute prorogation de terme. Le but de la clause n'est pas alors de limiter la durée de l'engagement. Il est bien plutôt de fournir à la caution une information précieuse car préalable sur l'évolution de son engagement (2).

En exigeant le consentement de la caution, on impose en réalité au débiteur (bien plus qu'au créancier) une action d'information totale, complète, et qui doit avoir lieu avant que l'irréparable ne soit commis. La clause recèle donc plus un aménagement de l'article 2039 C. civ. qu'une exclusion de son contenu. Cet aménagement de bon sens devrait être introduit en législation (3) pour lutter contre une jurisprudence draconienne qui refuse à la caution tout droit à l'information dans ce cadre (4). Une modification de la formule serait cependant souhaitable auparavant afin d'éviter les difficultés d'interprétation qu'elle a soulevées.

b) Interprétation de la clause

249. — Controverse autour de la notion de prorogation. L'interprétation de la clause n'est pas sans problème en raison du caractère sybillin des mots «prorogation de terme ou de délai», et la difficulté rejoint celle qui est apparue à propos des mêmes mots inclus au sein de l'article 2039 C. civ. (5). La question est de savoir si l'absence de poursuites du débiteur principal à l'échéance malgré son inexécution constitue ou non une prorogation de délai. Si l'on penche pour l'assimilation de la prorogation tacite à la prorogation expresse,

(1) Vraie en général, cette affirmation l'est encore davantage en cas de cautionnement réel hypothécaire, fréquent en matière notariale. La caution, qui offre le plus souvent en garantie son immeuble d'habitation, a le plus grand intérêt à éviter des poursuites qui aboutissent à la vente aux enchères de sa maison (Rappr. M. DAGOT : chron. précitée, note 2).

(2) Parfois la clause n'exige le consentement (et donc l'information) de la caution que si la prorogation de délai est supérieure à une certaine durée ; par ex. 3 ans dans l'affaire jugée par : Civ.3, 22 juin 1976, D. 1976, inf. Rap. p. 266, V^o cautionnement. D'autres fois, la caution (le Crédit Agricole) est en position d'exiger que la prorogation soumise à son agrément intervienne *avant l'échéance* de la dette principale. (Formulaire de «garantie de bonne fin des prêts hypothécaires privés» du Crédit Agricole, janvier 1977, p. 5 in principio, art. 4-A). L'aspect informatif de la procédure est ainsi accentué.

(3) Cette consécration légale a été accordée par le Code civil éthiopien (1960) dont l'art. 1928 al. 2 dispose : «La caution est libérée si le créancier, sans avoir reçu l'autorisation spéciale de le faire, accorde un délai au débiteur». — Cette transformation, en règle générale, d'une solution puisée dans une formule est fréquente (cf. J.L. SOURIOUX : Thèse précitée, n^o 128 à 131, pp. 112 à 116). Elle constitue l'apport de la pratique notariale à la «mise à jour constante [que] le système des règles supplétives postule... pour rester en accord avec les volontés latentes des contractants» (J. CARBONNIER : *De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat*, Flexible droit, 2^e ed^o, 1971, p. 212).

(4) Sur le problème général de l'information de la caution, cf. infra n^o 371 et suiv.

(5) Cf. supra n^o 240 et 244.

la caution est libérée par l'effet de la clause susvisée. Si au contraire on considère que la clause ne vise que l'octroi d'une nouvelle échéance expresse, la caution demeure tenue en vertu du droit commun.

Cette opposition entre le droit commun et la clause qualifiée de dérogatoire a entraîné certains arrêts à adopter une interprétation restrictive de la clause. Au prétexte que l'hypothèse de la prorogation tacite n'est pas expressément prévue par la clause, la caution n'est pas admise à l'invoquer (1). Une telle attitude, vivement approuvée par certains (2), présente le grave inconvénient de priver la clause de toute efficacité. Il suffit en effet qu'une prorogation, même effectivement voulue par le créancier, ne puisse être établie pour qu'aus sitôt l'on qualifie ce délai de retard, cette prorogation expresse mais non prouvée de prorogation tacite. Lorsque l'on sait qu'en dehors des prorogations d'échéance sur les effets de commerce les octrois de délais sont systématiquement donnés verbalement, l'on apprécie combien la clause est vidée de son contenu. En dehors du droit cambiaire où la clause est rarissime, une telle distinction des prorogations expresse et tacite lui interdira de jouer. A vouloir faire éviter Charybde au créancier on dirige la caution sur Scylla.

Mais quel était donc le péril pour le créancier ? Il apparaît en traits caricaturaux sous la plume des défenseurs de la première solution (3). Si l'on assimile l'absence de poursuites à une prorogation expresse, cela conduit disent-ils, «à priver le créancier de tout recours contre la caution dès lors qu'il n'a pas exigé le jour même de l'échéance son remboursement qu'il lui était impossible de poursuivre la veille...» (4). Ce serait alors immédiatement que le créancier devrait «faire sommation à la caution, pratiquement dans les 48 heures... pourquoi pas dans les 24 heures ?» (5). Il leur est ensuite aisé de constater «qu'une telle conception ne paraît guère raisonnable» (6). L'outrance du propos lui retire beaucoup de sa portée.

En sens contraire, les décisions qui retiennent une approche plus pragmatique du problème semblent heureusement se multiplier. Elles peuvent se diviser en deux catégories : d'abord celles qui assimilent le retard dans les poursuites à une prorogation tacite et qui considèrent que cette prorogation tacite entre

(1) Req. 20 février 1911, Gaz. Pal. 1911, 1, 475. — Civ. 30 novembre 1966 (et l'arrêt validé : Amiens 2 février 1965) tous deux reproduits en annexe de la chron. précitée de M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle...* J.C.P. 1973, I, 2577. A noter que la Cour de cassation s'abrite pour ce problème derrière l'interprétation souveraine par les juges du fond des termes de la convention. — Besançon 15 novembre 1935, S. 1936, 2, 5.

(2) M. DAGOT : Chron. précitée : *De la clause aux termes de laquelle...*, n° 10 à 13. Notes au J.C.P. 1973, II, 17572 sous Civ. 22 mai 1973 et au J.C.P. 1976, II, 18222 sous Dijon 17 mai 1974. — J.L. AUBERT : obs. au Rep. Not. Defrénois 1976, p. 566 et 567, sous Dijon 17 mai 1974. — NICOLAS - JACOB : obs. au Rec. gen. Lois Jur. (Rep. Comaille) 1976, p. 343 et 344 sur le même arrêt. — J.V. : Note au Journ. not. avoc. 1974, p. 359 sous Grenoble 28 juin 1972.

(3) Cf. les auteurs cités à la note précédente.

(4) M. DAGOT : chron. précitée, n° 13 in fine.

(5) M. DAGOT : note précitée au J.C.P. 1976, II, 18222 ; I de la note, 2^e col. in principio.

(6) M. DAGOT : ibidem.

dans le cadre de la dénomination générique de «prorogation de terme» qu'emploie le contrat (1) ; ensuite celles qui considèrent que le retard était, en fait, trop bref pour constituer une prorogation (2). Bien que les décisions de la seconde catégorie refusent l'extinction du cautionnement, elles le font pour des raisons de fait et ne rejettent donc pas l'assimilation d'un retard de poursuites à une prorogation, qu'elle soit expresse ou tacite.

250. — Interprétation proposée. C'est dans une acception nuancée de la notion de retard que doit être trouvée la solution. Une fois admis que l'absence de poursuites peut très bien être une prorogation de terme, fautive si elle n'a pas été autorisée par la caution, il faut rechercher si, en fait, le créancier a eu l'intention d'accorder une telle prorogation. Sera coupable de négligence celui qui n'agit pas dans les délais raisonnables eu égard à la situation des parties. Que l'on ne taxe pas la notion de délai raisonnable d'imprécision nuisible. Elle pourrait fort bien s'inspirer de celle de bref délai utilisée en matière de garantie des vices cachés dans la vente (article 1648 C. civ.). Sa flexibilité fait merveille et permet bien des accommodements. En fonction des tergiversations du débiteur, de l'âpreté du créancier et de la vigueur de ses démarches, en un mot en fonction des éléments de l'espèce, le juge pourra apprécier le caractère raisonnable ou non du retard.

Ainsi donc la difficulté d'application de la clause modelant la prorogation d'échéance aux besoins de la caution reçoit une solution similaire à celle retenue en droit commun. Les nuances qui se font jour tiennent à la matière du raisonnement. En droit commun, la qualification de l'inaction se fait en termes de bon sens (3) ; dans le cadre de l'article 2037 C. civ., cette même analyse s'effectue en termes de faute (4) ; ici, elle se fait en termes d'interprétation des

(1) Req. 30 novembre 1932, Gaz. Pal. 1933, 1, 314. — Grenoble 28 juin 1972, reproduit en annexe de la chronique précitée de M. DAGOT (3e arrêt), et au Journ. not. avoc. 1974, pp. 359 à 361, note J.V. — Dijon 17 mai 1974, J.C.P. 1976, II, 18222, note M. DAGOT ; Rep. not. Defrénois 1976, pp. 566-567, obs. J.L. AUBERT ; Rec. gen. Lois jur. (Rep. Comaille) 1976, pp. 343 et 344, obs. NICOLAS - JACOB.

(2) Civ. 7 juin 1978, Bull. civ. 1978, I, n° 220, pp. 175-176 ; J.C.P. 1978, IV, p. 242. — Civ. 11 juillet 1978, Bull. civ. 1978, I, n° 264, pp. 207-208 ; J.C.P. 1978, IV, p. 292 ; D. 1979, inf. rap., p. 73, obs. D. MARTIN.

(3) Ainsi sera un retard coupable un délai d'inaction d'une année (Grenoble, 28 juin 1972, précité) ou le fait, après avoir adressé une sommation deux mois après l'échéance, d'avoir attendu plus de neuf mois pour lancer une injonction de payer (Dijon 17 mai 1974, précité).

Au contraire ne constitue pas une prorogation le fait d'attendre qu'une procédure de saisie du débiteur principal soit terminée pour assigner la caution immédiatement ensuite, même si cela se produit un an et demi après le terme (Civ. 7 juin 1978, précité).

Parfois cependant l'arrêt ne permet pas d'apprécier les raisons qui ont conduit le juge du fond à refuser souverainement de voir dans un retard d'un an et neuf mois une prorogation de terme (Civ. 11 juillet 1978, précité).

(4) Cf. supra n° 244.

conventions et de la volonté des parties (1). Cette volonté n'est pas toujours facile à déceler et cela tant dans la rédaction du contrat que dans la traduction des comportements qui en constituent l'exécution.

250 bis. — Forme du consentement de la caution. Dans la ligne de cette difficulté s'inscrit le deuxième obstacle à l'application aisée de la clause organisant la prorogation de terme. Le consentement de la caution, nécessaire pour éviter sa libération, peut-il être implicite ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative en admettant que le fait pour la caution de s'opposer en 1966 à la vente des meubles du débiteur emportait consentement au report de cette vente survenue en 1969 (2). Bien que la solution s'abrite derrière une déduction souveraine des juges d'appel, elle paraît bien laxiste.

En revanche la seconde décision qui a tranché notre problème relatif au consentement de la caution procède d'un juridisme de bon aloi. Deux époux s'étant portés caution, seul le mari avait, ultérieurement, consenti à une prorogation d'échéance. La Cour de cassation en a fort justement déduit que la femme était libérée, mais que les biens propres du mari et même les biens communs demeuraient engagés par le consentement de l'époux (3). La volonté de la caution suffit à faire sauter le frein qu'elle avait elle-même posé.

L'influence de la volonté sur l'extinction du cautionnement demeure, à ce stade de l'étude de la durée de l'engagement, peu perceptible. Certes les clauses organisant les conditions d'efficacité de la prorogation sont stipulées pour la caution. Mais le sont-elles réellement par elle ? Nous avons vu l'influence de l'élément extérieur que constitue le notaire ou le formulaire d'actes sous-seing privé dans cette stipulation. Avec les clauses d'un formulaire «l'ordre légal se trouve écarté par la volonté d'une force sociale» (4), bien plus que par une force individuelle. «L'ordre spontané» (5) qui en naît est ici plus protecteur

(1) L'interprétation des conventions ne repose pas seulement sur la volonté des parties (art. 1135 C. civ.). D'autres éléments interviennent, qui prennent tout leur relief si l'on opine à cet avis, qu'en définitive, avec les clauses qui figurent dans la formule notariale, on se trouve en présence non pas tant de véritables clauses, expression concrète de la volonté des contractants, mais d'une variété de règles, qui sont conventionnelles en la forme, mais qui tirent de l'usage qui en est fait dans les actes notariés leur véritable force au sens de l'article 1135 C. civ.». J.L. SOURIOUX, Thèse précitée, n° 12, p. 10.

(2) Civ. 22 mai 1973, J.C.P. 1973, II, 17572, note approuvée M. DAGOT (et éd° C.I., n° 11475) ; Gaz. Pal. 1973, 2, Somm., p. 177 ; D. 1973, I.R., p. 179.

(3) Deux arrêts ont été rendus entre mêmes parties dans deux affaires nées du même acte de cautionnement. Dans le 1^{er} arrêt (Civ. 29 janvier 1975, J.C.P. 1975, II, 18081, note approuvée J. PATARIN), la Cour a validé une saisie effectuée sur un immeuble commun. Dans le 2^e arrêt (Civ. 7 octobre 1975, Bull. civ. 1975, I, n° 256, pp. 216 et 217 ; Banque 1976, pp. 677 à 679, obs. L.M. MARTIN ; D. 1975, I.R., p. 243, V° Cautionnement ; J. Cl. civ., art. 2021-2027. Mise à jour du n° 209, la Cour a validé des saisies-arrests de créances communes.

(4) G. RIPERT : *Les forces créatrices de droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, n° 167, p. 399.

(5) P. ROUBIER : *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, Mém. RIPERT, *Le droit privé français au milieu du XXe s.*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 9 à 27, spécialement p. 19.

de la caution. Il représente le premier jalon du cheminement roboratif d'une volonté qui, allant plus avant, peut mieux participer à l'extinction de l'engagement en prévoyant un terme extinctif.

SECTION II

LA SURVENANCE DU TERME EXINCTIF

251. — Rôle du terme ; plan. Le terme extinctif ne décharge pas des dettes antérieures nées, il empêche simplement que l'objet de l'obligation ne s'accroisse : il n'est pas une libération, mais un arrêt.

Si l'engagement est quantifié à sa naissance (par exemple payer 1000 F en dix mensualités) le terme n'a qu'une influence secondaire. Il n'ajoute rien à la limite du montant global et peut être négligé.

Au contraire l'engagement qui est indéterminé dans son montant trouve dans un tel objet une vocation à la perpétuité ; le terme extinctif permet d'éviter cette conséquence. L'importance qu'il acquiert de ce fait est fonction de son domaine d'existence (§ 1) ; l'élargissement de celui-ci par la pratique contemporaine met en valeur son régime d'existence (§ 2).

Paragraphe 1

DOMAINE D'EXISTENCE DU TERME EXINCTIF

252. — Délimitation du domaine. Le terme extinctif posant la limite temporelle à l'exécution d'une obligation, encore faut-il pour qu'il puisse jouer que l'exécution déroule ses effets dans le temps, qu'elle dure. Seule une exécution successive est susceptible de supporter un terme puisque seule elle s'étale dans la durée ; tout ce qui s'exécute en un trait de temps ne peut faire l'objet d'une mesure de ce temps. L'application au cautionnement de ces constatations simples ne va pas sans quelque difficulté. Diverses situations sont à distinguer selon que la dette existe lors de l'engagement de la caution ou qu'elle ne naîtra qu'ultérieurement.

Lorsque la caution garantit l'exécution d'une dette présente, dont l'étendue est déterminée, le temps pris en compte n'a pour fonction que d'en différer l'exigibilité : le terme est seulement suspensif. Telle dette de 1000 F payable au 31 décembre ne présente pas *dans son exécution* une intervention de la durée ; le règlement s'effectue en un trait de temps. L'exécution fragmentée ne modifie pas le problème : la même dette payable en fraction de 100 F par mois demeure toujours à exécution instantanée, chaque fraction de l'exécution étant différée d'un délai de temps particulier. Seul le terme suspensif intervient ici. Exceptionnellement cependant une limite temporelle à l'engagement de la caution pourra être imposée par des stipulations contractuelles, mais il s'agira plus d'une prescription que d'un terme extinctif (1).

Différente est la seconde situation : lorsque la dette garantie n'a pas encore pris naissance, ou lorsque elle est éventuelle, le cautionnement doit couvrir une certaine période de temps pour englober l'instant où elle prendra naissance et ainsi la garantir. Entrent dans ce cadre les dettes simplement éventuelles, comme le débit d'un compte courant, ou des dettes plus certaines, mais indéterminées en montant, comme la somme utilisée dans une ouverture de crédit ou encore le total des dettes nées en cours de relations d'affaires. De telles obligations sont à exécution successive, en raison de l'étalement dans le temps de la période garantie.

Que l'obligation garantie soit multicéphale (par exemple lorsque le cautionnement couvre toutes les dettes qui naîtront à l'occasion de telles opérations) alourdit la charge et le risque d'engagement de la caution mais ne rend pas le problème plus complexe. Le temps y est toujours un élément indispensable à la détermination du montant de l'engagement de la caution.

Que l'obligation garantie soit à exécution durable ou instantanée n'a pas d'influence sur la qualification de la durée du cautionnement. Ce qui importe c'est la classification de la dette en dette présente ou future (2) (3). Les obligations

(1) Sur le problème de la véritable nature de la limitation dans le temps des recours du créancier, cf. *infra* n° 277.

(2) La Direction générale des impôts, qui a édifié un véritable «Code du cautionnement fiscal» par le règlement n° 3751 (originellement du 10 décembre 1973. (B.O.D.G.I. 12-A.17.73) abrogé mais repris en totalité pour ce qui nous concerne par une mouture de février 1975), le commente en précisant qu'il «établit une distinction fondamentale entre [les garanties] dites «continues»... et celles dites «isolées» qui se rapportent à une opération unique» (instruction du 17 décembre 1973 (*ibid.*), p. 47 in fine). Sur le clivage, cf. art. 5 du règlement n° 3751. — Si la nécessité et l'importance d'un tel partage ont été bien appréciées, ses éléments doivent en être requalifiés en «garanties successives de dettes futures» et «garanties de dette présentes».

(3) Les Anglais distinguent entre la «specific guarantee» et la «continuing guarantee», et appliquent les mêmes conséquences que nous à la distinction, étant entendu qu'à certaines conditions la «continuing guarantee» peut être à formation successive. Le contrat de cautionnement se forme au fur et à mesure que le créancier délivre au débiteur principal la «considération», c.à.d. la contrepartie à son engagement. — Sur la distinction des deux sortes de «guarantee», cf. M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse, Paris, 1974, Dactyl., p. 71. Sur la formation successive et la notion de «considération» du contrat : pp. 32 à 37.

imprégnées de temps qui font l'objet d'un cautionnement (1) seront qualifiées de présentes ou de futures suivant que la naissance de la dette se place lors de la conclusion du cautionnement ou postérieurement à celle-ci. Il faut, pour éclairer la classification, reprendre en les aménageant les éléments dégagés par Mr. BRIERE DE L'ISLE dans l'analyse «de la notion de contrat successif» (2). Selon cet auteur le clivage au sein des contrats (3) doit s'opérer non pas tant entre les obligations à exécution instantanée et les obligations à exécution successive, mais entre les obligations dont l'exécution a une durée mesurée et les autres (4).

Au premier groupe appartiennent les obligations à exécution instantanée et les obligations à exécution successive dont la durée d'exécution est déterminée. En effet le régime d'extinction de ces obligations est le même, puisque la rupture unilatérale est impossible et puisque «chacune des parties peut calculer à l'avance l'étendue de ses obligations, la valeur respective des prestations» (5). De cette particularité découle la possibilité de qualifier les dettes qui en procèdent de dettes présentes. Tel est le cas par exemple de la garantie d'achèvement ou de remboursement de l'immeuble vendu en l'état futur d'achèvement. L'achèvement de l'immeuble réalise pleinement l'exécution de l'obligation principale ; il constitue ainsi le cadre de l'engagement, cadre qui est déterminé à la conclusion du contrat. La dette est donc une dette présente.

En revanche le second groupe d'obligations successives, celles qui ont une durée indéterminée, présente des particularités qui altèrent leur régime. L'obligation sans limite de durée peut être résiliée unilatéralement et à tout moment, sous réserve d'un délai de mise en œuvre appelé préavis dans certains contrats. Si chaque partie continue de rester dans les liens contractuels, il se produit «au fur et à mesure que le temps s'écoule... une reconduction tacite pour une durée nécessairement limitée au préavis...» (6). Nombre d'auteurs ont relevé ce phénomène souvent en le généralisant à l'ensemble des contrats à exécution successive. «Les obligations qu'ils engendrent se renouvellent sans cesse

(1) Toutes en effet ne se prêtent pas à garantie. Il n'est pas d'exemple de cautionnement de l'obligation du bailleur de délivrer la jouissance, ni de l'obligation du salarié de fournir un travail ou de celle des correspondants en compte-courant d'y affecter toutes leurs créances réciproques...

(2) D. 1957, Chron., pp. 153 à 156.

(3) Nous préférons pour notre part raisonner en termes d'obligations, un contrat contenant un faisceau d'obligations de caractères et de natures fort différents.

(4) «Les contrats successifs à durée déterminée sont de nature unitaire comme les contrats instantanés,... tandis que les contrats successifs à durée indéterminée constituent à la vérité une succession de contrats... et méritent seuls à ce titre l'appellation de contrats successifs», Chron. précitée, in fine, p. 156, 2^e col.

(5) G. BRIERE de l'ISLE : Chron. précitée, I in fine, p. 155, 2^e col.

(6) G. BRIERE de l'ISLE : Chron. précitée, II, p. 156, 1^e col.

pendant toute la durée de la convention» (1), «naissent successivement» (2) et forment «des équilibres partiels» successifs (3). CORENBLIT a le premier nettement distingué au plan de la structure les contrats successifs à durée déterminée de ceux qui ont une durée illimitée (4). Dégagée à l'occasion de l'étude de la résiliation, la conclusion doit être généralisée pour tous les aspects particuliers qu'entraîne la durée illimitée.

L'absence de terme modifie donc la composition du contrat, le transforme en une source continuellement génératrice d'obligations qui se succèdent à un rythme plus ou moins rapide. Il engendre donc nécessairement des obligations futures, même lorsque la teneur de son objet est déterminée lors de la conclusion. Ces dettes sont plus ou moins prévisibles, mais leur naissance repoussée dans l'avenir oblige le cautionnement à s'étaler dans le temps pour les englober.

Le phénomène s'accroît encore pour les dettes dont le principe même n'est pas acquis, dont la naissance est entachée d'incertitude en raison de l'imprévisibilité qui caractérise le futur. Ainsi le solde d'un compte courant ne sera l'origine d'une dette que s'il révèle un débit, l'ouverture de crédit faite au correspondant peut ne pas être utilisée par lui, les droits de douane ou fiscaux peuvent être compensés par une créance sur l'Administration. Plus nettement encore, les relations d'affaires cautionnées peuvent tourner à

(1) C. AUBRY et C. RAU : t. 4, 4^e ed^o, 1871, § 302, in fine, p. 86 ; 6^e ed^o. par E. BARTIN, 1942, § 302, p. 119. — Adde in L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 2., art. 1183, n^o 72.

(2) C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 25 (Traité des contrats et obligations conventionnelles en général, t. 2), n^o 469. — Adde les nombreux auteurs qui considèrent à propos du bail que la créance de loyer prend corps au jour le jour : THIERCELIN : Note au Dalloz Périodique 1862, 2, 1. — MOURLON : Note au Dalloz Périodique 1865, 1, 201. — F. LAURENT : *Principes de droit civil*, t. 29, n^o 393 pp. 427 et 428 (à propos du privilège du bailleur).

(3) LEPELETIER : *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, Thèse, Caen 1934, Paris, Dalloz, 1934, pp. 341 à 351.

(4) Pour cet auteur, «un contrat à exécution successive conclu pour une durée déterminée ne forme... qu'un seul contrat. Il n'en est autrement que lorsqu'il s'agit d'un groupe de contrats à exécution successive à durée déterminée». Par cette notion de groupe de contrats, l'auteur envisage en fait le contrat successif à durée indéterminée, ainsi que le montre l'exemple illustrant ce propos : «lorsque je loue un appartement à tant par mois, ou lorsque j'engage un ouvrier ou un employé à tant par mois, pour une durée indéterminée, mon engagement ne durera qu'un mois. A la fin de chaque mois, se forme un nouveau contrat, complètement indépendant de celui qui le précède» (M. CORENBLIT : *Critique de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184 C. civ.*, Thèse, Grenoble, 1940, Ed^o 1940, Gap, p. 107). — La maladresse dans la qualification ne diminue pas le mérite de l'analyse.

l'avantage du contractant garanti; ce cautionnement général (1) (ou encore «omnibus» (2)) très fréquemment exigé par les banques est donc empreint comme tous les cautionnements de dettes futures d'une forte éventualité. Les dettes garanties ne sont pas encore nées et ne naîtront peut-être jamais. Plus souvent cependant, les dettes naîtront mais l'indétermination la plus complète règne quant à leur montant. Pour avoir quelque raison d'être, le cautionnement doit développer ses effets dans l'avenir, doit étendre sa couverture sur les opérations futures. Il prend alors réellement un aspect successif et devient susceptible de recevoir un terme extinctif.

Le champ d'application du terme extinctif se limite donc au cautionnement de dettes futures (3), dont il peut devenir une pièce maîtresse. Le caractère futur de la dette naîtra soit d'une obligation existante mais à exécution successive et durée illimitée, soit d'une opération projetée et non encore réalisée ou qui n'a pas encore fait apparaître un débit. Dans toutes ces hypothèses le cautionnement sera à exécution successive. Le terme dont il pourra être affecté aura pour objet de l'éteindre ; mais il ne saurait libérer la caution de toute prestation. L'unanimité se fait pour affirmer que le terme extinctif réalise simplement une cessation de la garantie, qu'il arrête la couverture des dettes. Les dettes nées avant sa survenance seront dues par la caution, celles nées après ne le seront pas. L'affirmation, satisfaisante dans ses conséquences, laisse perplexe quant à ses fondements. Sur quoi repose la discrimination ; à quoi s'appliquera le terme pour n'entraîner qu'une extinction efficace dans le seul avenir ?

Deux voies s'ouvrent à l'analyste. L'une aboutit à considérer que le terme ne frappe que certains éléments de l'obligation de la caution, en laissant d'autres survivre pour justifier le devoir de règlement des dettes antérieures (A). Nous l'emprunterons pour l'explorer et démontrer sa stérilité, avant de nous engager dans la seconde, plus originale mais plus féconde, qui permet de déceler deux obligations distinctes dans le cautionnement de dettes futures, l'une seulement étant affectée par le terme extinctif (B).

(1) Le terme est consacré, tant en doctrine qu'en pratique pour désigner les cautionnements garantissant «tout ce que le débiteur doit ou pourra devoir pour quelque cause que ce soit» au créancier. Cf. : P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, V^o CAUTIONNEMENT, n° 66. — C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. commercial*, annexes, Banque et bourse, fasc. 36, 1974, n° 62. — J. FERRONIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed°, par J.P. PATY, 1975, n° 266, p. 212.

(2) Ce qualificatif, dû à la pratique bancaire italienne (cf. supra n° 1, p. 3, note 2), se retrouve sous la plume des auteurs de la péninsule mais n'a pas franchi les Alpes.

(3) La validité de tels cautionnements n'est plus à démontrer, et elle n'a d'ailleurs jamais fait difficulté. R.J. POTHIER le considérait déjà comme courant (*Oeuvres*, t. 3, Traité des obligations, Paris, Beaucé, 1818, n° 399, p. 300). — Pour quelques exemples jurisprudentiels de ces situations reproduites à des milliers d'exemplaires, cf. : P. SIMLER : *J. Cl. civil*, art. 2011-2020 (2^e fasc.) 1973, n° 53.

A — Explications écartées reposant sur une obligation unique.

253. — **Le terme n'affecterait que la formation de l'obligation unique.** Pour expliquer l'effet partiel du terme, l'on peut considérer qu'il ne s'applique qu'à certains éléments de l'obligation de la caution. Dans une première conception, cette obligation unique serait en formation et le terme mettrait fin à cette genèse (a) ; dans une deuxième conception, une obligation unique serait dichotome, le terme n'affectant qu'un de ces éléments, l'*haftung* (ou obligation) (b).

a) Terme et formation de l'obligation

Puisque les dettes garanties ne doivent apparaître que dans l'avenir, ne peut-on pas dire qu'il manque à leur cautionnement un élément de validité, consistant en un objet certain et déterminé ? La question intéresserait la formation du cautionnement plus que son extinction. Le temps apporterait peu à peu au cautionnement la matière qui lui fait défaut à l'origine, pour le compléter et le parfaire. Le terme extinctif qui assortirait une telle période mettrait fin à la formation du contrat et serait donc étranger à son exécution (1). L'explication avait assurément guidé POTHIER lorsqu'il affirmait que « l'obligation résultant de ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale » (2). Jusque là la caution ne serait pas engagée et pourrait dénoncer son contrat, non encore pleinement formé (3).

Cette tentative d'explication doit être écartée, bien qu'elle ait été fermement soutenue par des cautions éprises de liberté (4). En effet l'objet de l'obligation de la caution consiste en une garantie de paiement. Or cette garantie existe dès la conclusion du contrat, elle est déterminée, seul le montant à payer restant déterminable ; mais cela suffit pour que l'engagement existe.

(1) La notion de « contrat à formation successive » (B. TEYSSIE : *Les groupes de contrats*, Thèse, Montpellier, 1974, Paris, L.G.D.J. (1975), (Bibl. dr. privé, t. 139, préf. J.M. MOUSSERON), spécialement n° 23 à 28 n'a fait l'objet d'études que depuis le début du siècle, et ce n'est que récemment que la doctrine en a approfondi certains aspects. — Cf. en sus de B. TEYSSIE, précité : A. SEUBE. Thèse précitée, n° 345 à 349, pp. 299 à 302, et surtout : J.M. MOUSSERON : *La durée dans la formation des contrats*, Mélanges A. JAUFFRET, Aix, 1974, pp. 509 à 524.

(2) R.J. POTHIER : *Traité des obligations*, précité, *ibidem*.

(3) POTHIER affirmant : « je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, et que je n'entends plus être caution pour lui », eod. op., n° 399 in fine, p. 301. — Dans le même sens : P. PONT : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* (continuateur de V. MARCADE), t. 9, Les petits contrats, (t. 2), Paris, Delamotte, 1867, n° 28.

(4) Sur les affirmations des cautions en ce sens, cf. P. SIMLER : op. cit., n° 50.

L'on ne peut même pas soutenir que la détermination de l'objet serait insuffisamment objective (1) puisque l'existence de la dette dépendra de la volonté du débiteur qui est extérieure au cautionnement entendu strictement. L'engagement de la caution est donc pleinement formé dès sa conclusion (2) ; si un terme l'accompagne, il concerne l'exécution de l'engagement et non sa formation.

L'on pourrait alors regarder l'obligation de garantie des dettes futures comme une obligation sous condition suspensive (3). Conclue sous la condition d'apparition d'un débit, l'obligation ne deviendrait parfaite qu'avec la survéance de cette dette. Le raisonnement achoppe cependant sur les conséquences découlant de cette analyse. Ainsi qualifiée, l'obligation de la caution serait uniquement à exécution instantanée. Puisqu'elle ne deviendrait parfaite qu'avec la réalisation de la condition, toute la période «pendante conditionne» serait une obligation imparfaite, à laquelle il serait délicat d'appliquer le régime des obligations à exécution successive. Quand bien même on le ferait, cela obligerait à considérer que la réalisation de la condition entraînerait un changement du régime temporel de l'obligation, ce qui est inadmissible. Délaissant les étapes de la constitution du cautionnement, il est possible de se retourner vers ses éléments constitutifs.

b) Terme et analyse dualiste de l'obligation

254. — Le terme n'affecterait que l'Haftung. L'analyse dualiste de l'obligation en un Schuld (ou debitum) et un Haftung (ou obligatio) pourrait constituer une solution au problème des effets du terme. L'analyse est née et s'est

(1) L'objet «ne peut être laissé à la détermination de l'une des parties» exigent M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, t. 6, 1^{re} ed^o (1930), n^o 220, p. 294, repris en cela par J. CARBONNIER, t. 4, 7^e ed^o, 1972, n^o 25, p. 87.

(2) Contra cependant : Les auteurs qui analysent le cautionnement de dettes futures en une promesse de cautionnement : ils demeurent cependant très gênés pour en circonscrire les éléments caractéristiques : cf. : M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER, t. 11, 2^e ed^o, n^o 1516, p. 970 : «A proprement parler, il n'y aura de cautionnement que le jour où se formera l'obligation principale. Mais, dès auparavant, la caution est liée et ne peut retirer sa promesse». — Adde : dans le même sens : J.M. VERDIER : *Les droits éventuels (Contribution à l'étude de la formation successive des Droits)*, Thèse, Paris, 1953 (Paris-Rousseau, 1955), n^o 71, pp. 62 et 63 : le cautionnement «ne vaut que comme promesse tant que... l'existence de l'obligation garantie fait défaut» (ibidem, p. 63).

(3) C'est en ce sens que semblent se prononcer G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, t. 24, 3^e ed^o, 1907, n^o 950, p. 510. Il s'agit seulement d'une affirmation dénuée de justification : «l'obligation future n'est autre chose qu'une obligation éventuelle, de sorte que la caution d'une obligation future subordonne son obligation à une condition». La locution transitoire utilisée implique une conséquence qui est pour le moins problématique.

développée en Allemagne et en Italie (1) à partir de la notion de sûreté (2) mais n'a connu en France qu'un succès d'estime (3) dû principalement à l'absence d'utilité pratique immédiate qu'elle présente (4). Opposer les notions

(1) L'on attribue à l'Allemand Aloïs BRINZ la paternité de la distinction (*Der Begriff Obligatio*, Vienne, 1874) reprise par KUNTZE, et DELBRÜCK, par O. Von GIERKE (*Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau 1910) et ISAY. — Les juristes italiens l'ont ensuite développée : G. PACCHIONI : *Il concetto dell'obbligazione*, Riv. dir. com., 1924, I, pp. 209 suiv., ; *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Turin, 1927, pp. 1 à 47 ; C. GANGI : *Scritti giuridici*, vari I, Padoue, 1933, pp. 316 et suiv. ; *Ancora sul concetto dell'obbligazione et sulla distinzione tra debito e responsabilità*, in : *Rendiconti dell'istituto Lombardo di scienze e lettere*, Milan, 1953, pp. 364 suiv. — Adde pour le droit suisse : PELET : *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, Thèse, Lausanne, 1937.

(2) Partant de «la conviction que l'otage est à l'origine des sûretés personnelles», la doctrine allemande a construit cette théorie «sur l'histoire des sûretés» ; elle l'a exprimée dans la formule très simplificatrice : «Der Schuldner Schuldet, der Bürge haftet» qu'on pourrait traduire par : «Le débiteur doit, la sûreté est tenue». J. GILISSEN : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général*, Recueil de la Sté. Jean BODIN, t. 28, Bruxelles, 1974, pp. 5 à 127, spécialement pp. 123 et 124.

(3) Ce sont d'abord les historiens qui tentèrent d'y trouver une explication de la formation graduelle du droit subjectif : G. CORNIL : *Debitum et Obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, Mélanges GIRARD, 1912, t. 1, pp. 199 et suiv. (adde : Etudes BONFANTE, t. 3, p. 41 suiv.) — J. MAILLET : *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, Thèse, Aix, 1944. — Les critiques, notamment de J. MAILLET, contre cette théorie, semblèrent décourager les civilistes. Deux monographies seulement y sont consacrées, leur qualité pouvant compenser leur petit nombre : E.A. POPA : *Les notions de «Debitum» (Schuld) et «Obligatio» (Haftung) et leur application en droit français moderne*, Thèse, Paris, 1935, Paris, Muller, 1935, préf. R. DEMOGUE. — F.K. COMPARATO : *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Thèse, Paris, 1963, Dalloz, 1963 (préf. A. TUNC) qui tente de réaliser une application systématique de la distinction. — Quant aux traités et manuels, ils n'y consacrent qu'un bref résumé, chacun en acceptant le principe sans vraiment l'appliquer par ailleurs. A cela une exception : Mr. J. CARBONNIER utilise les deux éléments de l'obligation pour bâtir le plan du régime général des obligations (*Droit civil*, Thémis, P.U.F., 8^e éd^o, 1975, n^o 122, pp. 453 et 454). Certains auteurs ont bien eu l'occasion d'aborder le problème au cours de leurs développements, sur d'autres points, mais ils se sont chaque fois contents d'en retirer les utilités marginales : cf. par ex. : J. MARTIN de la MOUTTE : *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Toulouse, 1949, Sirey, 1951, n^o 332 et 333, pp. 302 à 304 à propos de la renonciation à un droit de créance. — J. DERRUPPE : *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Thèse, Toulouse, 1952, Paris, Dalloz, 1952, n^o 253, pp. 287 à 289, à propos de la distinction entre droit réel et droit personnel (adde : la tentative infructueuse de cet auteur pour utiliser la dualité des éléments dans la classification du droit de gage général du créancier : n^o 318 à 333, pp. 364 à 382. — J.J. DUPEYROUX : *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Thèse, Toulouse, 1955, Paris, L.G.D.J., 1955, préf. J. MAURY, n^o 350 et suiv., à propos de l'obligation naturelle, qui propose de dénommer la dette (Schuld) «lien substantiel».

(4) Nombre d'auteurs constatent, à l'instar de Mr. J. DERRUPPE que «dans l'obligation ordinaire, normale, Dette et Responsabilité sont en fait intimement unies, que l'une ne se conçoit pas sans l'autre, et qu'elles sont soumises en principe aux mêmes modalités», Thèse précitée, n^o 333, p. 381.

de devoir et de responsabilité (1) n'offre d'intérêt que dans la mesure où des conséquences particulières en découlent et surtout où des solutions concrètes sont apportées à des problèmes insolubles par d'autres voies.

Au plan général, ceci ne s'aperçoit pas, sauf à parer chaque élément d'une finalité spéciale, la dette (Schuld) représentant l'aspect économique d'une obligation dont l'engagement (Haftung) serait l'aspect moral (2), ou encore à opposer un élément personnel (Schuld) à l'élément réel (Haftung), les deux coexistant dans tout droit de créance (3) puisque le rapport d'obligation (Schuld) trouve son accomplissement dans la mise en œuvre du droit de gage général (Haftung) par l'exercice d'un pouvoir de contrainte. Voulant éviter la critique encourue par ceux qui ont cherché à déduire de cette analyse dualiste «des conséquences excessives» (4), nombre d'auteurs n'en font qu'un usage très cauteleux.

D'autres cependant affirment le rôle spécial de l'analyse dualiste en matière de cautionnement (5) : puisque la caution ne doit que la dette principale (Schuld), elle ne serait reliée au créancier que par la relation de contrainte (Haftung) (6). Dans les cautionnements de dettes présentes, la caution doit

(1) La terminologie en la matière est très incertaine en dehors de l'usage des substantifs allemand et latin que l'on accepte comme des concepts extérieurs et univoques. En revanche les traductions françaises abondent : sur les différentes expressions employées, cf. E.A. POPA, Thèse précitée, n° 172 ; chaque auteur adoptant à son optique personnelle une terminologie.

(2) E. GAUDEMET : *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, en 1937, réimpression 1965, p. 14 in principio.

(3) C'est la théorie de A. ROCCO : *Studi sulla teoria generale del fallimento*, Riv. dir. com. 1910, I, pp. 669 à 697 (2^e section : L'obbligazione e la sua realizzazione), spécialement pp. 682 à 684. — L'analyse de Mr. J. CARBONNIER (droit civil, t. 4, n° 122, pp. 453 et 454, précité) s'en approche beaucoup. Cet auteur analyse le Schuld en un rapport d'obligation, et l'Haftung en un pouvoir de contrainte, le second permettant de «mettre en acte ce qui n'était... qu'assujétissement virtuel» (ibid., p. 443 in fine), l'on pourrait dire de le *réaliser* aux deux sens du terme.

(4) J. MARTIN de la MOUTTE : *L'acte juridique unilatéral*, Thèse précitée, n° 333, p. 303.

(5) Principalement : F.K. COMPARATO : Thèse précitée, n° 194 et 195, pp. 212 et 213. — Mais aussi : H. L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 5^e ed° (1973), n° 9 in fine, p. 8. — J. CARBONNIER : op. et loc. cit., spécialement : Etat des questions, p. 454.

(6) L'affirmation la mieux étayée est l'œuvre de F.K. COMPARATO : op. et loc. cit. Son principal argument reposant sur le recours pour le tout dont dispose la caution ; il y aurait donc «une seule dette sanctionnée par une double responsabilité... Le cautionnement représente... la création d'une responsabilité accessoire à côté de la responsabilité principale du débiteur», n° 194, p. 212 in fine. — En voyant dans le cautionnement la seule création d'un Haftung qui se grefferait sur le Schuld du créancier, l'on néglige l'originalité du Schuld de la caution que les modifications dues au changement d'exécutant distinguent de celui du débiteur principal (cf. supra n° 20 et n° 21).

la même chose que le débiteur principal (ou son équivalent) et ce dans les mêmes conditions que lui (1). Si l'on appliquait cette distinction aux cautionnements de dettes futures, la différence serait plus sensible. Alors que l'engagement (Haftung) existerait depuis la conclusion du contrat de cautionnement, la dette (Schuld) n'apparaîtrait qu'ultérieurement avec le débit qui pèsera sur le principal obligé.

L'explication est séduisante mais elle se heurte à un obstacle à nos yeux majeur : la différence du régime temporel des deux éléments. Le terme extinctif ne concernerait que l'Haftung, seul élément successif, et serait inopérant sur le Schuld qui est à exécution instantanée. Or une telle distinction est impossible si l'on veut conserver de l'obligation une conception homogène, même dualiste. Le régime dans le temps d'une même obligation doit être unique, sous peine de voir la notion d'obligation perdre tout intérêt.

L'effort échoue donc en raison de l'excès des conséquences de la dichotomie. Cependant la voie est tracée et il suffit d'aller plus avant pour trouver la solution. Plutôt que d'étirer jusqu'à la rupture la notion d'obligation, mieux vaut voir dans le cautionnement de dettes futures un faisceau de deux obligations distinctes, mais liées entre elles.

B — Explication proposée reposant sur une dualité d'obligations

255. — Les deux temps de la détermination de la dette de la caution. Dans cette analyse, l'engagement de la caution comporte deux obligations principales distinctes lorsqu'il garantit les dettes futures. La proposition s'infère d'une constatation simple : dans ces cautionnements, la détermination de la dette de la caution s'effectue en deux étapes : un premier temps permet la détermination de la dette par la précision, lors de la rédaction du contrat, des éléments qui délimitent le champ de la couverture assurée par la caution (nature des dettes garanties, durée de la garantie, conditions de la garantie...) ; dans un deuxième temps, les parties pourront procéder à la détermination de la dette (à une date préfixée ou laissée à la discrétion d'une partie) par application des éléments indiqués. Ce deuxième temps permettra de savoir s'il y a dette (certitude), quel est son montant (liquidité) et quand elle doit être payée (exigibilité, souvent immédiate, et parfois différée, comme dans le compte-courant).

(1) La caution solidaire comme la caution simple peuvent être poursuivies avant même le débiteur principal. Simplement la caution simple a la faculté (art. 2022 C. civ.) d'exiger du créancier une poursuite préalable du débiteur (bénéfice de discussion : art. 2021 et suiv. C. civ.) ; néanmoins la procédure engagée contre elle n'est pas éteinte, mais simplement suspendue.

A ces deux temps correspondent au fond deux obligations distinctes. La première obligation est d'exécution immédiate et prend naissance avec certitude dès la conclusion du contrat de cautionnement. Son objet est de tracer le cadre de la garantie offerte par la caution ; cette obligation détermine la «couverture» que fournit le cautionnement et pour cela elle «est distincte de celle qui garantira la créance principale quand elle sera née» (1). La deuxième obligation, qui a pour seul objet le règlement d'une dette déterminée, se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines ; elle remplit le cadre tracé par l'obligation de couverture (2). Obligation de couverture (a) et obligation de règlement (b) sont donc complémentaires et présentent des différences suffisamment sensibles qui imposent une distinction fondée sur la nature des choses et non sur une construction artificielle ; l'étude des caractéristiques de chacune d'elles permettra de s'en convaincre.

a) L'obligation de couverture

256. — Caractères. 1^o *L'analyse des éléments de cette obligation permet de la différencier de celle de règlement par nombre de caractères qui lui sont propres. Née et certaine dès la formation du cautionnement, son exigibilité est en principe immédiate, sauf aux parties à prévoir que la période de couverture aura pour point de départ une date précise* (3).

L'autonomie de cette obligation s'accroît avec sa pérennité, caractère qui lui est propre. Obligation de durée, la «couverture» s'inscrit dans le temps en raison de l'éventualité qui affecte la naissance des dettes qu'elle englobe. Alors que le cautionnement d'une dette existante dont le paiement est fractionné (comme un achat payé à tempérament) n'est pas à exécution successive, la durée est la pièce fondamentale du mécanisme du cautionnement d'une dette de montant et de durée indéterminés (comme le loyer d'un bail sans terme) ou du cautionnement d'une dette de naissance incertaine ou indéterminée (solde d'un compte-courant, relations d'affaires, dettes de T.V.A. ou de droits

(1) J.M. VERDIER : *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse précitée, Paris, 1953, Rousseau, 1955, n^o 72, p. 63.

(2) Le terme de «couverture» est préférable à celui de «garantie» en raison de son univocité et de sa force d'évocation qu'appuie l'usage qui en est fait en matière d'assurance (cf. notamment la «note de couverture»).

(3) Les cautionnements généraux exigés par les banques ont en principe une prise d'effet immédiate. Au contraire ceux qu'impose l'administration fiscale ont une période de couverture strictement délimitée. Le principe est celui d'une couverture correspondant à l'année civile (Règlement du cautionnement, n^o 3751, art. 22-1) ; le formulaire des conditions particulières (n^o 3750) que signe la caution comporte pour sa part deux cadres réservés aux dates de commencement et d'expiration de la garantie, suivis de la précision d'un renouvellement par tacite reconduction.

de régie...). Cette durée est enfermée dans la seule obligation de couverture, qui est donc une obligation à exécution successive et en cela apte à recevoir un terme extinctif. La pérennité de l'obligation de couverture implique, outre son étalement dans le temps, une autre faculté : la persistance.

Les cautionnements généraux qui garantissent toutes les dettes d'une certaine catégorie devant naître dans une certaine période doivent continuer pour remplir la mission que l'on attend d'eux, d'assurer au créancier la couverture des dettes à naître même si l'une des dettes déjà nées est impayée (1). Comme en matière d'assurances, la survenance d'un «sinistre» ne met pas fin au contrat. Au contraire de l'obligation de règlement qui naît avec chaque dette et s'éteint avec chaque exécution, l'obligation de couverture demeure, identique à elle-même, jusqu'à son terme ou sa résiliation.

L'ensemble de ces caractères propres suffirait déjà à individualiser l'obligation de couverture. Ce résultat positif au plan juridique pourrait être conforté par le développement de la manifestation comptable de l'influence économique de cette obligation.

257. — Insuffisance des manifestations comptables de la couverture.

Transcrire comptablement les créances demeure une opération difficile car il n'y a de créances qu'en devenir et le temps se révèle toujours à leur rencontre porteur de risques pour la valeur potentielle qu'elles recèlent (2). Les pages consacrées par le doyen SAVATIER aux relations de la comptabilité et du temps transcrivent en termes évocateurs les difficultés d'appréhension du futur et de l'aléa par la comptabilité (3).

Il est aujourd'hui classique de relever les imperfections de la transcription comptable des sûretés et de leur influence sur la valeur des créances qu'elles garantissent (4). Sans entrer dans leur contenu particulier, l'on peut relever deux sortes d'inscriptions susceptibles de dénoter la réalité de l'obligation de couverture. Les inscriptions comptables générales que sont les provisions fournissent un premier instrument. Les inscriptions spéciales que sont les

(1) Le phénomène est particulièrement sensible dans les cautionnements fiscaux de crédits de droits. Lorsque l'échéance d'un trimestre n'est pas honorée, le fisc ne demande le règlement à la caution que 4 à 6 mois plus tard (mise en branle de l'administration, démarches auprès du débiteur...). Entre temps, l'obligation de couverture joue pour un ou deux trimestres, ce qui triple donc le montant de la dette de la caution et dépasse ses prévisions.

(2) Cf. R. SAVATIER : *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969, n° 132, pp. 215 à 217, et n° 141, p. 229.

(3) Op. cit., chap. 8 de la 1^e partie ; pp. 207 à 245.

(4) Cf. spécialement : J. de STAERCKE : *La comptabilité des engagements non exprimés dans les comptes*. Rapport au Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, 1973, sur : *La comptabilité et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 231 à 243. Les conclusions valent surtout pour le droit belge qui n'exige pas des «comptes d'ordre» annexes au bilan, que la pratique utilise quand même ; elles peuvent donc être transposées, mutatis mutandis, à tous les pays.

comptes d'engagements hors bilan en procurent un second. L'utilité et l'utilisation de chacune doit être examinée au regard des patrimoines respectifs du créancier et de la caution.

Le créancier dispose en premier lieu des procédés généraux de comptabilisation du risque de dépréciation de sa créance et donc, en contrepartie, de la diminution ou de la suppression de ce risque résultant de l'existence de la sûreté. Ce sont les provisions pour créances douteuses qui remplissent ce rôle. Elles sont plus ou moins élevées pour une créance non garantie car «le doute est qualitatif et non quantitatif» (1) ; mais elles disparaissent lorsque la créance est affectée d'une sûreté (2). Un cautionnement de dettes présentes a ainsi une influence sensible que l'on ne retrouve pas pour le cautionnement de dettes futures. En effet l'éventualité qui affecte la naissance d'une créance est un obstacle autrement insurmontable que l'éventualité qui affectait son règlement. La provision, gênée par l'arbitraire et la part de spéculation inhérents à l'appréciation des valeurs (3) et plus encore à la prospective, est inapte à rendre compte d'un tel aléa. La comptabilité est parvenue, par paliers successifs, à intégrer les engagements à terme ; elle n'a pas encore intégré les potentialités d'engagement (4). La créance future n'apparaîtra donc pas avant sa naissance et l'obligation successive (l'obligation de couverture qui la garantit) ne trouvera donc pas dans les moyens généraux de transposition un mécanisme comptable à la mesure de la créance qu'elle engendre.

En second lieu le créancier dispose de procédés spéciaux de transcription comptable du cautionnement. Le plan comptable général de 1947 révisé en 1957 intègre le «goodwill» que procure un cautionnement au créancier, mais il le rejette hors du bilan, dans des comptes annexes, chargés d'enregistrer «les opérations dont l'exécution éventuelle, résultant de droits actuels, pourrait modifier le montant ou la consistance du patrimoine de l'entreprise» (5). Les entreprises (dont certaines, comme les banques, y accordent une attention

(1) R. SAVATIER : *Le droit comptable...* précité, n° 141, p. 229.

(2) Comp., dans le domaine voisin de l'assurance-crédit, la constatation des spécialistes : «l'assurance-crédit, permet aux entreprises commerciales d'éviter la constitution de provisions spéciales pour créances douteuses : leur trésorerie est de la sorte plus à l'aise et par conséquent, leurs propres facilités de crédit renforcées», in : *L'assurance, Théorie, pratique, comptabilité*, Ouvrage établi par un comité de professeurs de l'Ecole Nationale d'Assurances, Paris, A.A.A., t. 1. 1967, p. 228.

(3) Cf. R. SAVATIER : *Le droit comptable...* précité, n° 152, p. 244.

(4) Mr. F. GORE, constatait lors du séminaire sur *La Comptabilité et le droit* que «peu de comptabilités sont organisées pour enregistrer cette phase d'engagement» (il parlait des engagements déjà nés) bien que la comptabilité ne soit pas «une simple comptabilisation du droit», son but étant d'enregistrer «les variations de valeur du patrimoine de l'entreprise» et donc les créances ou obligations à venir : Rapport à ce séminaire : *Personnalité juridique et personnalité comptable*, in recueil des travaux, pp. 21 à 41, spécialement p. 33.

(5) Plan Comptable Général, p. 214. — Adde : F. GORE : Rapport précité, pp. 32 et 33. F. GORE et C. DUPOUY : *Comptabilité générale de l'entreprise industrielle et commerciale*, Paris, Montchrestien, 1975, n° 569 et 570, pp. 473 à 476.

toute particulière) (1) inscrivent l'engagement dont elles bénéficient pour son montant total. La plus forte éventualité affecte pourtant ces créances, mais elles sont malgré tout inscrites ; rien n'interdirait de faire un pas de plus et d'enregistrer également les cautionnements actuels de dettes futures : ceci irait dans le sens des recommandations des organismes professionnels (2). La potentialité plus faible de réalisation de ces engagements n'interdit pas une comptabilisation qui s'accorderait avec «le mouvement d'intégration du hasard dans le champ juridique du XXe siècle» (3).

Au solde l'on doit cependant constater que la comptabilité du créancier ne porte pas trace de cette obligation de couverture. Deux raisons à cela : d'une part le retard toujours compréhensible de la comptabilité sur la réalité, surtout lorsqu'elle est délicate à conceptualiser (4) ; d'autre part «la règle de prudence» qui empêche la comptabilisation des gains escomptés mais non réalisés (5), et dont les fondements fiscaux s'entremêlent au désir de ne pas défier le sort.

En revanche la caution est exempte de ces considérations et tout au contraire engagée par les mêmes raisons à inscrire en comptabilité le risque que présente un cautionnement. Recourant aux procédés généraux, elle pourrait constituer des provisions pour risques, puisque celles-ci «correspondent à des dettes potentielles de l'entreprise» (6). La comptabilisation se fera plutôt cependant à l'intérieur des comptes spéciaux de la classe 0 réservés aux engagements hors bilan (7). Plus le risque est perceptible, plus l'objectivation de la dette de couverture est réalisée et plus son intégration dans la comptabilité générale est souhaitable. Tout comme le particulier prévoyant qui immobilise une fraction de ses fonds en prévision d'une éventuelle exécution ou comme les Compagnies

(1) «Le banquier est particulièrement attentif aux sûretés. Sa comptabilité leur fait une place spéciale, en marge des comptes de résultats» : R. SAVATIER : *Le droit comptable...* précité, n° 216-C, p. 377.

(2) Cf. J. de STAERCKE : *La comptabilité des engagements non exprimés dans les comptes*, Rapport précité, spécialement pp. 238 à 240.

(3) A. BENABENT : *La chance et le droit*, Thèse, Paris, 1971, L.G.D.J. (1973), (Bibl. dr. privé, t. 128, préf. J. CARBONNIER), 1ère partie, titre 2, pp. 59 et suiv.

(4) «Pour pouvoir être exactement enregistrés, les phénomènes économiques doivent être, au préalable, qualifiés le plus précisément possible en droit». F. GORE : rapport précité sur *Personnalité juridique et personnalité comptable*, p. 33.

(5) F. GORE : op. cit., p. 37.

(6) F. GORE et C. DUPOUY : *Comptabilité générale de l'entreprise...* précité, n° 796, p. 661.

(7) Le droit des sociétés commerciales fait même obligation de mentionner à la suite du bilan «les engagements cautionnés, avalisés ou garantis par la société» : Décr. du 23 mars 1967 art. 245. Il semblerait possible de sanctionner par le délit de présentation de bilan inexact le non respect de cette injonction. — Sur l'utilité des engagements hors bilan dans la connaissance du futur client par le banquier et dans l'appréciation des risques de crédit, cf. J. STOUFFLET : *Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit* Rapport au Colloque sur «La protection des clients de banques et d'établissements financiers» (10-11 février 1977), I, A, a, 2, du rapport, p. 6, dactyl.

d'assurances astreintes à constituer des provisions techniques et des réserves de garantie, la caution commerciale pourra dégager des provisions à cette fin (1).

La comptabilité est une technique au carrefour de trois sciences : la science mathématique, la science économique et la science juridique. Elle propose un langage ayant valeur explicative pour faciliter leur amalgame et reçoit d'elles en contrepartie les éléments de son existence (2). En ce sens elle est le miroir économique du Droit et en révèle la portée pratique. Le reflet est parfois imparfait, mais les matériaux disponibles permettent souvent de l'améliorer (3) : souhaitons qu'ils soient mis en œuvre sur le point bien étroit de l'obligation de couverture, puisque les possibilités existent mais sont inemployées (4).

258. — Renforcement de l'obligation par des prestations spéciales. L'obligation de couverture présente donc des caractères particuliers et une aptitude certaine à la transcription comptable. Cela ne suffit pas à dégager nettement son autonomie et un complément de recherches des éléments susceptibles de faire apparaître l'ossature de ce rapport de droit s'impose. Il sera dirigé sur le contexte de cette obligation et sur les prestations particulières qui sont imposées à la caution par certains contrats pour renforcer son obligation de couverture.

Nombre de cautionnements sont assortis d'engagements personnels à la caution qu'exige le créancier afin de mieux contrôler sa solvabilité. Ces prestations spéciales de la caution sont tout aussi bien négatives que positives.

Parmi les abstentions auxquelles il lui est demandé de s'engager, figure la promesse de ne pas augmenter son passif ou de ne pas diminuer son actif,

(1) Les tribunaux sont très sensibles à la manifestation comptable de la dette potentielle de la caution (et très sévères à son sujet). Jugé ainsi qu'un bilan était falsifié si mention n'y était pas faite d'un cautionnement consenti par la société, alors même qu'au jour de l'établissement de ce bilan aucune dette susceptible d'y être inscrite ne résultait à la charge de la Société du dit cautionnement : Crim. 3 août 1938 ; Rev. trim. du droit des sociétés et du droit financier, 1939, p. 58. — Jugé également que la perte du cautionnement constitue pour le débiteur garanti un appauvrissement qui justifie l'annulation pour fraude paulienne d'un acte d'apport-fusion entre caution et débiteur principal : Com. 10 juin 1963, Bull. civ. 1963, III, n° 285, p. 237.

(2) Sur les rapports du droit et de la comptabilité, et sur l'apport du langage comptable, cf. : P. QUADEN : *Symétrie et dissymétrie du droit et de la comptabilité*. Rapport au Séminaire de la Commission droit et vie des affaires sur : *La comptabilité et le droit* (Bruxelles 1973), Bruylant 1974, pp. 42 à 156, spécialement pp. 142 à 145.

(3) En ce sens : F. GORE : *Personnalité juridique et personnalité comptable*, Rapport précité, p. 33. — Contra : R. SAVATIER, qui estime que « la comptabilité usuelle n'a pas d'instruments satisfaisants pour traduire les sûretés qui garantissent une créance » (*Le droit comptable*, précité, n° 194, p. 330). Le compte spécial serait « d'un intérêt proprement juridique » et viserait « à combler, en marge des comptes généraux, les carences de la comptabilité en partie double » (op. cit., n° 179, p. 300).

(4) Un souhait comparable est émis par le rapport du comité P. SUDREAU sur *La Réforme de l'Entreprise*. Cherchant à « améliorer l'information de ceux qui sont concernés par la survie de l'entreprise » (Chap. VIII, I, A.), il propose que les Tribunaux de Commerce puissent avoir connaissance des « cautions personnelles et garanties données par les dirigeants et les tiers en faveur de l'entreprise » (ed° 10x18, p. 178).

promesse que certains nomment «sûreté négative» (1). Souvent, la caution s'engage à ne pas contracter d'autres cautionnements (2) tant en faveur du présent débiteur que pour d'autres (3). Parfois, mais plus rarement, elle promet de ne pas aliéner certains immeubles sans l'autorisation du créancier (4).

Des prestations positives s'ajoutent encore plus fréquemment à l'obligation de couverture. Il y a d'abord les sûretés réelles que constitue la caution en garantie de sa dette personnelle : généralement hypothèque ou nantissement de valeurs mobilières. Il y a aussi et surtout l'obligation imposée à la caution de fournir au créancier des renseignements économiques ou comptables sur l'évolution de sa situation financière.

L'existence de ces prestations annexes est la preuve de l'autonomie de l'obligation de couverture. La caution y prend des engagements personnels, absolument indépendants de l'obligation principale. Tout au contraire l'obligation de règlement est accessoire à l'obligation principale, limitée par elle en étendue et en contenu.

A chaque étape de notre recherche, des preuves nouvelles de l'autonomie de l'obligation de couverture s'amassent. La démonstration ne peut cependant être complète qu'à la condition de dégager l'objet de l'obligation de la caution. Que peut exiger le créancier ? Et corrélativement, puisque «tout droit du côté actif comporte une obligation du côté passif» (5), que doit exactement la caution ?

(1) Y. CHAPUT : *Les sûretés négatives*, Annales de la Faculté de Droit de Clermont, fasc. II-1974, pp. 167 à 191. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed^o, 1975, n^o 233-8 à 233-10, pp. 292 à 295. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n^o 554, p. 759. Ces études concernent les sûretés négatives au plan général, qui s'attachent plus souvent au prêt principal (et pèsent donc sur le débiteur principal) qu'au cautionnement. La transposition à notre matière s'effectue aisément en théorie comme en pratique.

(2) Sur les obligations de ne pas contracter, cf. : D. THOMAS : *Les limitations conventionnelles à la liberté de contracter*, Thèse, Montpellier, 1976, Dactyl., n^o 241 à 244, pp. 172 à 174. Constatant que «notre droit positif se montre hostile à l'encontre des clauses qui limitent la liberté contractuelle» (n^o 241, p. 172) cet auteur les enferme dans deux conditions : une limitation de la portée, et une justification par la défense d'un intérêt légitime (n^o 242 et 243, p. 173).

(3) Cf. : C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. Commercial*, annexes, Banque et bourse, fasc. 36 (1974), n^o 19 in fine.

(4) Cf. par exemple l'espèce tranchée par Civ. 15 février 1972 ; Bull. civ. 1972, I, n^o 50, p. 44 ; Rev. crit. D.I.P. 1973, p. 77, note H. BATTIFOL, pp. 80 à 89 ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 417 et 418, obs. Y. LOUSSOUARN. La caution s'était interdit de disposer de tout ou partie des biens lui appartenant et sis en Algérie sans l'accord du créancier. — Ou encore : Crim. 30 juin 1972, J.C.P. 1973, II, 17344, l'arrêt spécifiant que l'administrateur d'une S.A. avait accordé à une autre société sa caution et s'était «interdit de procéder à l'aliénation de ses immeubles personnels sans l'accord de la société prêteuse». Ayant vendu un immeuble alors qu'il était déclaré en faillite, il fut condamné pour détournement d'actif personnel, la responsabilité pénale s'ajoutant à la responsabilité civile.

(5) G. RIPERT : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civil, 1^o ed^o (1952), V^o DROIT, n^o 39.

259. — Rapprochement avec l'assurance : intérêt d'assurance et intérêt cautionné. 2° *La synthèse des éléments* dégagés permet de répondre à la question. Le doit subjectif est un pouvoir d'exiger (1) ; pour que l'obligation de couverture soit réellement autonome, il faut qu'elle confère un tel droit au créancier. Tout droit est sous-tendu par l'intérêt de son titulaire qui en constitue la condition d'existence ; de caractère individuel ou social, cet intérêt que le droit permet de satisfaire en est le but (2). « La règle de droit, a écrit DEMOGUE, a pour dernière fin d'assurer certaines jouissances matérielles ou morales » (3). Cette finalité, systématisée par JHERING, se retrouve dans de nombreux droits spéciaux à l'état latent. Le domaine proche du contrat d'assurance en offre un exemple intéressant avec la notion « d'intérêt d'assurance » qui est apte à éclairer tant la recherche de l'intérêt protégeable que celle de la prestation de la caution dans l'obligation de couverture.

Dans le contrat d'assurance, et spécialement dans l'assurance de dommages, l'objet de la garantie due par l'assureur semble a priori être le bien assuré. Tel véhicule sera assuré contre le vol, tel immeuble contre l'incendie. A mieux apprécier les relations internes du contrat, l'on s'aperçoit que cette vision est approximative ; ainsi dans le cas du vol, le bien n'est pas en lui-même atteint ou détérioré. Il faut donc rechercher ailleurs l'objet de l'assurance ; cet ailleurs réside dans la relation, le lien qui unit le bénéficiaire au bien garanti (4). Cette

(1) L'accent sera mis par certains sur le pouvoir (R. SALEILLES : *De la personnalité juridique*, p. 543 et suiv. ; R. BONNARD : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934 ; *Les droits publics subjectifs des administrés*, Rev. trim. dr. public, 1932, pp. 706 et suiv.), alors que d'autres critiquent cette notion (R. NERSON : *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939, n° 160, p. 326).

(2) Depuis JHERING et sa célèbre formule de « l'intérêt juridiquement protégé » (*L'esprit du droit romain*, Traduction O. de Meulenaere, 3^e ed°, Paris, Marescq, 1888, t. IV, p. 317 à 354 et spécialement p. 323), la notion d'intérêt n'a plus quitté les définitions du droit subjectif. Toutefois la place qui lui est faite est plus ou moins grande selon l'auteur, et n'atteint jamais à l'essence du droit comme le proposait JHERING. Mr. J. DERRUPPE a fort nettement mesuré le rôle de l'intérêt dans le droit subjectif : *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Thèse précitée, n° 248, p. 282. — Comp. I. NAJJAR : *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, Paris, 1966, L.G.D.J., 1967 (Bibl. dr. privé, t. 85, préf. P. RAYNAUD) qui insiste sur l'intérêt tout en lui réservant un rôle secondaire : « le droit subjectif ne se conçoit pas sans intérêt, mais cet intérêt n'est pas sa substance ; il n'est que sa condition » (n° 93 in fine, p. 95). Le chemin depuis l'intérêt juridiquement protégé est appréciable !

(3) *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 325.

(4) Nous préférons le terme bénéficiaire à celui d'assuré, fréquemment utilisé par les auteurs, car il est mieux adapté au problème. Ainsi dans les assurances de responsabilité, le dommage s'apprécie dans le patrimoine du bénéficiaire et non dans celui de l'assuré. Toutefois l'on doit noter que pour les assurances de choses les qualités de bénéficiaire et d'assuré sont fréquemment confondues (comp. le cas où la créance couverte par une assurance-crédit est mobilisée, l'assuré étant toujours le créancier cédant, mais le bénéficiaire étant le cessionnaire (souvent un banquier). Sur les problèmes posés par l'opération, cf. C. GAVALDA : *L'assurance crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du secteur des banques et des assurances*, Mém. A. JAUFFRET, Aix, 1974, pp. 343 à 360, spécialement n° 25, pp. 358 à 359).

relation est appelée, depuis sa systématisation par V. EHRENBURG (1), *l'intérêt d'assurance* (2). Son contenu est uniquement économique, et certains l'ont défini comme «la valeur pécuniaire... ou patrimoniale pouvant être perdue par l'assuré ou le bénéficiaire à la suite d'un sinistre» (3). L'intérêt d'assurance ne se confond donc pas avec le droit de l'assuré sur la chose atteinte par le risque (4) : la relation juridique sous-tend la relation économique mais ne s'y assimile pas.

Il faut éviter de jouer sur l'amphibologie du mot «intérêt» et d'y voir le double concept d'intérêt personnel (ou moral) à la non-réalisation du risque et d'intérêt patrimonial (ou économique) constitué par la valeur du bien. La confusion qui résulte de l'usage ambigu du terme (5) présente toutefois l'avantage de révéler tous les aspects du droit du créancier (ici, l'assuré).

La transposition de la notion d'intérêt d'assurance à la matière du cautionnement est facile à opérer. «L'intérêt cautionné» devient la valeur économique de la créance principale. Le rapprochement est éclairant avec l'assurance-crédit : dans cette opération, le non paiement de la créance couverte laisse intact le rapport de droit qui va même s'exercer dans toute sa force coercitive. En revanche cette inexécution affecte gravement le rapport économique parce que la créance perd une grande partie de sa valeur (6) ; c'est cette perte qui constitue l'intérêt garanti. Or cet intérêt est le même dans l'assurance-crédit et dans le cautionnement. L'éventualité du non paiement forme donc le risque couvert dans les deux contrats. Ce risque, cet intérêt, «constitue l'objet

(1) *Versicherungsvertragsrecht*, Leipzig, 1893.

(2) Cf. art. L 121-6 C. ass.

(3) M. PICARD et A. BESSON : *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, Le contrat d'assurance, 4^e ed^o par A. BESSON, Paris, L.G.D.J., 1975, n^o 181, p. 308. Cette définition s'inspire certainement de celle proposée par W. KISCH (*Handbuch des Privatversicherungsrecht*, Berlin, t. 3, 1922, p. 21). Avec elle, elle encourt la critique de certains qui lui reprochent de ne pas insister sur le rapport, le lien qui unit l'assuré au bien. Nous pensons que les deux notions de rapport et de valeur sont imbriquées et constituent deux aspects du même problème. En effet il ne peut y avoir de valeur patrimoniale pour l'assuré que s'il y a une relation entre lui et le bien.

(4) Contra : G. BRIERE de l'ISLE, qui considère que «cet intérêt consistera en un droit sur la chose tel que le droit de propriété, de gage ou d'usage» : *Droit des assurances*, Paris, P.U.F., Themis, 1^e ed^o, 1973, p. 32.

(5) Cf. par ex. M. PICARD et A. BESSON, : op. cit. qui, après avoir défini l'intérêt d'assurance comme une valeur pécuniaire (n^o 181, p. 308) affirment que l'objet de l'assurance «est l'intérêt, très variable, que l'assuré peut avoir à la non-réalisation du risque» (même numéro, p. 309).

(6) Sur le rôle de l'intérêt d'assurance dans l'assurance crédit, cf. La remarquable thèse de droit belge, mais utile en droit français, de Mr. M. FONTAINE : *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Thèse, Liège, ed. Bruxelles, C.I.D.C., 1966, préf. C. Del Marmol, n^o 47 à 56, pp. 67 à 81, (et sur l'analyse de l'intérêt d'assurance, différente de celle retenue en droit positif français car elle étend l'intérêt aux assurances de personnes, cf. n^o 38 à 46, pp. 52 à 66).

d'une telle assurance» (1) ; il peut tout aussi bien constituer l'objet de l'obligation de couverture de la caution.

260. — Le double objet de l'obligation. Nous proposons de voir dans l'intérêt cautionné l'objet de l'obligation de couverture de la caution. L'intérêt, au double sens personnel et patrimonial du mot, constitue ainsi le substratum du droit du créancier. L'obligation de couverture de la caution dans les cautionnements de dettes futures comporte en conséquence un double objet : d'une part déterminer l'étendue de cet intérêt, en poser les bornes puisque les créances garanties ne sont pas encore nées ; d'autre part préserver cet intérêt contre les atteintes dont il peut être l'objet, en un mot couvrir le risque, l'aléa du non paiement (2).

L'objet de l'obligation de couverture peut, dans certaines hypothèses particulières, consister en une prestation de service, nettement définie : la caution, choisie en fonction de sa position au regard du débiteur principal (dirigeant de la société débitrice, société mère, holding), s'engagera à «surveiller la gestion financière de la filiale en vue d'obtenir que sa trésorerie lui permette de faire face à ses engagements...» (3), ou encore à fournir «à la filiale en cas de nécessité, des moyens nécessaires à l'exécution» (4).

A la fonction générale de l'obligation de couverture qui consiste à déterminer la nature et l'étendue des dettes garanties s'ajoute donc un service particulier : préserver la valeur économique de la créance. Ce service, plus ou moins immatériel selon les espèces, demeure très palpable dans ses conséquences. Il se traduit par la confiance, la sécurité qui habite le créancier

(1) La phrase est empruntée à l'ouvrage précité de MM. M. PICARD et A. BESSON, où elle vise l'assurance de dommages en général (*Les assurances terrestres*, n° 191 in principio, p. 308). Adde l'article L 121-6 C. ass. qui dispose dans son alinéa 2 : «tout intérêt... peut faire l'objet d'une assurance».

(2) Il n'y a pas hérésie à étendre l'aléa au contrat de cautionnement car «le caractère aléatoire peut être imprimé à tous les contrats à titre onéreux : il suffit pour cela que les prestations à fournir dépendent dans leur existence ou leur quotité d'un événement incertain». A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e ed°, par L. JULIOT de la MORANDIERE, t. 2, Paris, Dalloz, 1948, n° 1250, p. 817. — «Le plus souvent le caractère commutatif ou aléatoire d'un contrat ne tient pas à sa nature essentielle, mais seulement aux conditions dans lesquelles il est conclu, c'est-à-dire à un élément accidentel» : C. et R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, t. 8, Les obligations et les contrats par G. LAGARDE, 2^e ed° (1936), n° 43. — Il y a, comme l'a dit un auteur, «aléa mêlé» : R. KAHN : *La notion de l'aléa dans les contrats*, Thèse, Paris, 1924, ed. 1924, n° 49, p. 55.

(3) Ces exemples sont donnés par MM. C. GAVALDA et J. STOUFFLET à propos du contenu des lettres d'intention par lesquelles «une société mère manifeste, en des termes variables, le souci qu'elle a de l'exécution des engagements contractés par une filiale» (*Chronique de droit bancaire*, J.C.P. 1976, I. 20801, n° 74). Le parallèle avec le cautionnement s'impose.

(4) C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *ibid.*

cautionné (1). De la qualité du service dépend la qualité de la confiance et bien que celle-ci «ne se conquiste pas» (2), ne s'exige pas, le créancier peut imposer à la caution la fourniture d'éléments propres à la faire naître ou à l'étayer. Il peut ainsi requérir les renseignements ou informations financières, comptables et patrimoniaux sur la solvabilité et la situation de fortune de la caution (3). La caution assume une obligation de moyens ; elle doit respecter une certaine conduite propre à faire naître la confiance (4).

La sécurité conférée au créancier se rapproche de celle que ressent l'assuré et s'alourdit des mêmes méfaits ; en créant «une tranquillité d'esprit qui tend généralement à accroître le risque», elle «diminue la tendance à lutter contre ce risque» (6). La prudence initialement manifestée par la prise d'une sûreté atténue la diligence postérieure et confère une satisfaction morale qui dissout le sentiment de responsabilité (7). L'existence du rempart spécialement construit par l'article 2037 C. civ. contre cette inclination en fait foi. Plus net encore est le droit italien : par une disposition spéciale aux cautionnements de dettes futures, il protège la caution en la libérant lorsque le créancier insouciant aggrave les dettes du débiteur en difficulté (8). Il y a bien là preuve de l'existence de la sécurité que confère au créancier l'obligation de couverture, puisque la sanction consiste à lui supprimer cette couverture, au cas où il en abuserait.

(1) Cette sécurité n'est pas l'apanage du seul cautionnement ; elle en est toutefois la caractéristique. Ainsi le Président de l'association professionnelle des banques, dans un parère du 30 octobre 1973 concernant la lettre d'intention, a-t-il écrit : elle «constitue un engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit et est considérée comme présentant en pratique une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution» (rapporté par C. GAVALDA et J. STOUFFLET, Chron, précitée, ibid.). L'on ne saurait mieux analyser la portée de l'obligation de couverture !

(2) La formule est de John LAW, rapportée par G. PETIT-DUTAILLIS, qui en fait la conclusion de son ouvrage : *Le risque du crédit bancaire*, 4^e ed^o, avec la collaboration de Paul ROGHI, t. 2, Paris, Riber, 1972, p. 100.

(3) De même l'existence d'une obligation de couverture explique que le créancier garanti par une hypothèque couvrant des créances éventuelles puisse inscrire son droit et prendre rang avant même que la créance n'apparaisse. Le même raisonnement s'applique à toutes les formes de nantissement garantissant des dettes futures : «cautionnement» pour consignation des fonctionnaires ; privilège des hôteliers et voituriers fondés sur l'idée de gage tacite (art. 2102, 5^o, 6^o et 7^o C. civ.).

(4) Cette confiance est particulièrement nécessaire dans les cautionnements de relations d'affaires. Le créancier prend l'engagement moral d'octroyer des crédits à venir sans savoir quelle sera la situation du débiteur à ce moment-là. Une solide garantie est pour cela nécessaire.

(6) Ces formules, adaptées du climat des assurances, sont empruntées à Mr. N. JACOB : *Les assurances*, Paris, Dalloz, 1974, n^o 16, p. 12.

(7) Cf. sur «la négligence à éviter le dommage» les considérations émises par R. SAVATIER : *Les métamorphoses...* précitées, 1^e série, n^o 291, p. 350.

(8) L'art. 1956 du C. civ. italien dispose que : «La caution qui s'est engagée pour une obligation future est libérée si le créancier, sans avoir reçu une autorisation expresse de la caution, a fait crédit à un tiers, bien que sachant que la situation patrimoniale (le *condizioni patrimoniali*) de celui-ci était devenue telle qu'elle devait rendre plus difficile l'acquittement de la créance».

La mesure est considérée comme bénéfique et saine par la doctrine italienne (1) qui déplore les renonciations à ce bénéfice dont sont assortis les cautionnements en faveur des banquiers. Certains vont même jusqu'à invalider ces renonciations qui «pousseraient le créancier à l'inobservation du principe de bonne foi... ce qui est inconcevable en droit moderne » (2). Toujours est-il que meilleure preuve de l'existence d'une obligation de couverture ne peut être donnée que la déchéance du créancier abusant de la protection qu'offre cette obligation.

Enfin il est à peine besoin d'insister sur la valeur économique de cette obligation de couverture : elle peut faire l'objet d'une rémunération (extérieure au contrat de cautionnement proprement dit), rémunération qui est due même en l'absence d'un règlement à la charge de la caution ; elle explique que la caution conserve son salaire lorsque le cautionnement est caduc en raison d'une résolution du contrat principal (3).

En isolant l'obligation de couverture qu'assume la caution dans le cautionnement de dettes futures, l'on érige en obligation distincte le règlement des dettes nées (4). L'obligation de couverture détermine les conditions de la naissance et l'étendue des obligations de règlement. Elle constitue le premier temps de l'établissement de la dette de la caution ; d'elle dépend donc le deuxième temps et la deuxième obligation.

(1) M. FRAGALI : *La fideiussione generale* (Le cautionnement général) ; Banca, borsa e titoli di credito, 1971, I, pp. 321 à 345, spécialement n° 3, et 6, pp. 329 et 340 à 344. G. STOLFI : *In tema di fideiussione per debiti futuri* (A propos du cautionnement de dettes futures), Rivista del diritto commerciale, 1971, pp. 225 à 234 ; spécialement n° 5 à 8, pp. 230 à 233.

(2) «Un patto mirante alla inosservanza del principio di buona fede... Cio costituisce un vero assurdo logico e giuridico (cela constituerait une logique et un juridisme vraiment absurdes), inconcepibile nel diritto moderno». G. STOLFI : art. précité, n° 6, p. 232.

(3) Cf. supra n° 201.

(4) Cette dualité d'obligations apparaît également dans certaines assurances, avec une grande netteté lorsque l'obligation de règlement a un créancier différent de celui de l'obligation de «garantie». Le cas est systématique dans l'assurance de responsabilité, où la victime a un droit direct (art. L. 124-3 C. assur.) au règlement tandis que la garantie s'apprécie chez l'assuré, ou encore dans l'assurance en cas de décès ; il est possible dans l'assurance-crédit, lorsque celle-ci est cédée en même temps que la créance garantie (cf. C. GAVALDA : *L'assurance-crédit interne...* art. précité, Mél. JAUFFRET, n° 25, pp. 358 et 359). — Adde : certaines formules doctrinales laissent à penser que la dualité des obligations est ressentie, si elle n'est pas systématisée, par certains auteurs : cf. par ex. : Y. LAMBERT-FAIVRE : *Droit des assurances*, Paris, Dalloz (Précis) 2^e ed°, 1977, n° 181. - 2^e) p. 225 : «La déchéance est la perte du droit à la garantie». — La généralisation de la dualité d'obligations à l'ensemble des contrats accessoires de garantie se justifie par l'existence d'un mécanisme identique à celui du cautionnement. Au contrat principal entaché d'éventualité se superpose un contrat accessoire mais indépendant et intégralement formé.

b) L'obligation de règlement

261. — **Analyse sommaire.** Le cadre fixé par l'obligation de couverture sera rempli par l'obligation de règlement au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront (1). Les deux obligations s'emboîtent l'une dans l'autre, à la façon d'obligations gigognes (2). Elle sont donc étroitement unies au sein du contrat, l'obligation de règlement dépendant de l'obligation de couverture à maints égards.

Cependant nombre de différences de caractères les opposent : alors que l'obligation de couverture naît dès la conclusion du contrat, celle de règlement est future, et éventuelle (3) ; son germe n'apparaît qu'avec la constatation d'une dette principale. Alors que l'objet de la prestation de la première est un service, celui de la seconde est une chose : la somme d'argent que représente la dette du débiteur principal ou son équivalent s'il s'agissait d'une obligation autre que pécuniaire.

C'est surtout au niveau du régime d'exécution que les deux obligations se distinguent et prennent leur indépendance. Nous avons vu que l'obligation de couverture est à exécution successive puisqu'il lui faut garantir dans le futur la naissance et l'exécution de dettes non encore existantes. Tout au contraire l'obligation de règlement est d'exécution instantanée ; dès que la dette garantie est exigible, l'exécution doit avoir lieu et, s'agissant du versement d'une somme d'argent, se réaliser en un trait de temps.

Cette opposition du régime de leur exécution interdit aux deux obligations d'être assimilées en un rapport de droit unique (4). Tout l'intérêt de la notion d'obligation tient à l'unité de son régime ; elle est la plus petite pièce juridique

(1) Le mécanisme est en proportions réduites le même que celui des contrats de fournitures, analysés en un contrat cadre et des contrats d'application : sur l'étude très fouillée de cette conception, cf. A. SEUBE : *Le contrat de fourniture*, Thèse, Montpellier, 1970, Dactyl., n° 231 à 292, pp. 199 à 252. La nouveauté en droit privé d'une terminologie empruntée au droit public ne doit pas masquer l'ancienneté et l'universalité de la distinction qui est aisément transposable à d'autres matières.

(2) Ceci n'est pas particulier au cautionnement et se retrouve dans d'autres contrats : ex. dans la vente, l'obligation de garantie est déterminée par l'exécution de l'obligation de délivrance.

(3) R. DEMOGUE insistait déjà sur cette opposition entre la naissance du droit du créancier, et la possibilité de l'amener à exécution seulement lorsque la dette principale est apparue : « Le contrat accessoire ne nous paraît pas en réalité dépendre dans son existence du contrat principal. Il nous paraît seulement en dépendre en ceci qu'il ne peut être exécuté... qu'autant que le contrat principal existe » : *De la nature et des effets du droit éventuel*, Rev. trim. dr. civ. 1906, p. 231 à 329, spécialement p. 276.

(4) L'opposition est si marquée que Mr. P. SIMLER a même proposé de voir dans le cautionnement de dettes futures deux contrats : « il y a, d'une part, l'engagement général de garantir les dettes à naître, mais qui n'est pas en soi, un cautionnement, puisqu'aucune dette n'existe encore... Il y a, d'autre part, une succession de cautionnement distincts... » (Note au J.C.P. 1975, II, 18145 ; II-A. de la note). — Si nous n'approuvons pas cette analyse, nous en retenons au moins la division du cautionnement de dettes futures en « deux aspects ».

du mécanisme contractuel ; il n'y a après elle que des notions techniques visant à permettre l'exécution matérielle, comme la prestation. Ces constatations plus encore que les différences de caractère ou de portée justifient la distinction. Elles expliquent aussi que le terme extinctif ne concerne que l'obligation de couverture.

262. — Conclusion - domaine du terme. En résumé de cette approche du champ d'application du terme extinctif il faut bien constater que le cautionnement de dettes futures recèle une hétérogénéité certaine. Seule l'obligation de règlement est à exécution successive, seule elle est susceptible de bénéficier d'un terme extinctif. C'est donc à l'influence du temps sur cette seule obligation et sur les seuls cautionnements de dettes futures que se réduira l'étude de la dissolution du cautionnement. Terme extinctif comme résiliation unilatérale n'ont de portée que limitée à ce domaine juridique restreint.

Leur importance n'en est cependant pas diminuée. La survenance du terme extinctif qui limitait en durée l'obligation de couverture entraîne un effet de cristallisation du cautionnement. Le temps fait partie intégrante du cautionnement des dettes futures puisqu'il permet à l'obligation de règlement de prendre corps et consistance : «la durée d'exécution fait corps avec l'objet du contrat dont elle apparaît un élément» (1). Il démontre son utilité, en «accomplissant et satisfaisant les intérêts qui motivent le contrat» (2) ; mais il dévoile aussi ses dangers. Générateur des obligations de règlement, le temps détermine l'étendue de la dette de la caution ; l'absence d'une limite peut avoir des conséquences graves sinon catastrophiques pour elle.

Le terme extinctif revêt alors une importance primordiale. Élément de sécurité pour le créancier, dont il affermit la confiance en renforçant les liens qui enserrent la caution, il devient aussi un élément de sécurité pour celle-ci en l'assurant d'un arrêt de croissance de sa dette. Montant et durée sont nécessairement liés dans le terme et lui confèrent une diaprure particulière. En interdisant au temps d'augmenter la charge de la dette, le terme extinctif empêche que l'engagement ne s'alourdisse. Il est donc nécessaire de savoir exactement quand et comment le terme existe.

(1) M. PLANIOL : Note au Dalloz Périodique 1898, 1, p. 457, sous Civ. 4 mai 1898.

(2) R.M. de MARINO y BORREGO : *Análisis del concepto del suministro* (Analyse du concept de fourniture), Rev. derecho mercantil, 1962, pp. 27 et suiv. ; cité par A. SEUBE, thèse précitée, n° 354 in fine, p. 307.

Paragraphe 2

REGIME DE L'EXISTENCE DU TERME EXTINGTIF

263. — **Terme légal.** Déceler un terme extinctif paraît a priori chose aisée. Nous savons qu'il ne peut concerner que les cautionnements de dettes futures et n'affecte que l'obligation de couverture. L'analyse plus poussée de ses conditions d'existence démontrera qu'au contraire nombre de difficultés apparaissent pour savoir s'il y a terme et dans l'affirmative quelle est sa portée.

Le problème ne se pose cependant que pour le terme conventionnel. Le terme légal demeure, lorsqu'il existe, hors de problème mais non d'exégèse.

Le législateur prend un soin particulier du terme surtout dans les cautionnements dont il a lui-même exigé la fourniture.

C'est le cas de la caution du bénéficiaire d'une lettre de change, d'un chèque ou de valeurs mobilières qui ont été perdus ou volés. Les délais prévus pour la durée du cautionnement sont plus ou moins brefs (1) et il est expressément stipulé qu'il n'est éteint que si, pendant son existence «il n'y a eu ni demandes ni poursuites en justice» (2). Ceci revient, par des voies détournées, à poser un terme extinctif à la période couverte et donc à la garantie des dettes susceptibles de naître pendant ce temps-là.

Le même procédé est adopté pour le cautionnement remplaçant la retenue de garantie de 5 % à l'encontre des architectes et des entrepreneurs pour les réserves faites à la réception des travaux. La loi du 16 juillet 1971 (3) a prévu l'extinction de ce cautionnement «à l'expiration du délai d'une année» si certaines conditions sont remplies.

Une autre technique consiste à donner un terme extinctif incertain, c'est-à-dire non fixé par un délai ou un quantième de mois. C'est ce que fait l'article R. 261-24 du Code de la Construction et de l'Habitation relatif au cautionnement qui matérialise la garantie d'achèvement de l'immeuble vendu en l'état

(1) 6 mois en cas de perte d'un chèque (art. 36-c du Décr. L. du 30 octobre 1935). — 3 ans en cas de perte d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (art. 146 et 185 al. 4. C. com.) ou d'un warrant (art. 33 al. 2 Ord. 6 août 1945). — 2 ans pour la garantie des intérêts ou dividendes de valeurs mobilières perdues (Décr. 11 janvier 1956 art. 22, al. 2) ; 5 ans pour la garantie du capital de ces mêmes valeurs (Décr. 11 janvier 1956, art. 23). — 5 ans pour la caution d'un récépissé de dépôt en magasins généraux (Ord. 6 août 1945, art. 33 al. 1).

(2) Art. 146 C. Com ; art. 36-c. D.L. 30 octobre 1935. — Adde : à propos du chèque : H. CABRILLAC : *Le chèque et le virement*, 4^e ed° par M. CABRILLAC. Paris, Librairies Techniques, 1967, n° 198, p. 118.

(3) Loi n° 71-584 du 16 juillet 1971, art. 2. — Le rappel de ses dispositions est parfois repris dans le texte des cautionnements rédigés par les cautions professionnelles.

futur d'achèvement (1). En disposant que «la garantie d'achèvement ou de remboursement prend fin à l'achèvement de l'immeuble», il ne semble formuler qu'une règle évidente puisque l'exécution de l'obligation principale entraîne l'extinction de son cautionnement. En réalité la difficulté provient de la définition retenue pour l'achèvement de l'immeuble. L'article R. 261-24 utilise comme élément de détermination la déclaration d'achèvement prévue pour l'obtention du certificat de conformité (2) ; or cette déclaration peut avoir valablement lieu avant que l'immeuble ne soit réellement achevé (3). Ainsi le cautionnement s'éteint en vertu d'un terme légal alors que la dette principale subsiste en partie (4).

Ces termes extinctifs légaux sont certes d'une grande efficacité pratique pour la garantie des opérations qui ne seront qu'éventuellement passives. Toutefois ils n'ont que le champ d'application très limité que leur donne la spécificité des dispositions qui les concernent. Hors de leurs domaines d'application, la caution ne doit qu'à elle-même de bénéficier d'un terme salvateur. Sa volonté aura les moyens d'intervenir à cette fin, avec plus ou moins de force et de clarté. Tantôt la détermination du terme sera tacite et présentera des problèmes quant à sa révélation (A) ; tantôt elle sera expresse, mais non dénuée de difficultés d'exploitation (B).

(1) Texte qui reprend l'article 28 du Décret n° 67-1166 du 22 décembre 1967 portant application de la loi 67-3 du 3 janvier 1967... relative aux ventes d'immeubles à construire...

(2) Déclaration réglementée par l'art. R. 160-1 du Code de l'Urbanisme (ex. art. 23 décr. n° 61-1036 du 13 septembre 1961) — Sur l'application de ce texte et les conditions qui doivent être remplies, cf. Civ.3, 4 janvier 1977, D. 1978, 180, note F. STEINMETZ ; J.C.P. 1978, II, 18794, note A. MOUROQ et B. STEMMER.

(3) Cette déclaration n'est qu'une formalité administrative qui correspond à un achèvement succinct satisfaisant aux règles imposées par le permis de construire et l'urbanisme. L'achèvement réel doit en revanche correspondre aux énonciations du contrat (art. R. 261-1 C. constr. et habit.) et ne sera souvent réalisé que plus tard.

(4) Cf. en ce sens : F. STEINMETZ : *Les ventes d'immeubles à construire*, Thèse, Montpellier, 1970, Dactyl. n° 323, p. 344. — O. PASCAL : *Les garanties apportées par les tiers au candidat à la propriété*, Thèse Montpellier, 1978, Dactyl., n° 338, pp. 237 et 238. — A. MOUROQ et B. STEMMER : note précitée, n° 9. — Adde les références doctrinales citées par ces auteurs.

Pour remédier à cet inconvénient, certains proposent de cumuler les deux déclarations prévues à l'art. R. 261-24, Code constr. et habit., afin de conférer au créancier, maître de l'ouvrage, une meilleure protection (F. STEINMETZ, note précitée, II-A ; O. PASCAL, thèse précitée, n° 339, p. 238). Cette solution nous paraît écartée par Civ.3, 16 mai 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, som., p. 303, V° Banques, qui rappelle fermement que la déclaration d'achèvement est susceptible de deux formes alternatives et non cumulatives.

A — Détermination tacite du terme extinctif

264. — **Éléments de référence.** Nombreux sont les cautionnements qui ne comportent aucune stipulation de terme, bien plus nombreux que ceux qui le précisent. Ils n'en sont pas pour autant dépourvus de limitation de durée. La référence à l'obligation principale, systématique dans tous les cautionnements, et encore plus marquée lorsque le contrat principal et son cautionnement sont inclus dans le même acte, permet à la caution de bénéficier du terme de l'obligation principale (a). Parfois, au contraire, la référence tacite est faite non à l'obligation principale, mais à un élément fondamental de l'engagement de la caution susceptible d'en limiter la durée. Cette limitation permet de découvrir un terme extinctif sous-jacent d'une particulière importance (b). Les aspects abstraits et concrets de la notion de durée se complètent donc heureusement pour aider à la détermination du terme extinctif (1).

a) Détermination par recours à l'obligation principale

De sa mission de garantie, le cautionnement retire une position accessoire qui facilite le renvoi au contrat principal. En se greffant sur celui-ci, il bénéficie de nombreuses modalités de l'obligation principale. L'étude des contrats prouve que le terme est très souvent identique dans les deux contrats, pour des raisons pratiques évidentes. Le renvoi n'est cependant pas si simple que l'apparence le laisserait croire et la détermination du terme par référence à l'obligation principale n'est pas exempte de pièges.

Le terme de l'obligation principale peut être exprès, par fixation d'une date ou d'un délai, ou encore tacite. Plusieurs éléments sont utilisables pour rechercher le terme d'une obligation, alors même qu'aucune mention ne le précise. Le choix s'étend des éléments extrinsèques (notamment les usages) aux éléments intrinsèques, que sont la cause et l'objet (2).

(1) L'opposition des conceptions abstraite et concrète de la durée a été utilisée par Mme B. HOUIN pour définir la notion de durée indéterminée. La conception abstraite s'attache uniquement à «rechercher si les parties ont fixé un terme à leurs relations, ou si la durée de celles-ci peut être déterminée». Au contraire la conception concrète «envisage la durée par rapport à ceux que la convention concerne», (*La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris, 1973, Dactyl., n° II-32, p. 153).

(2) Mr. J. AZEMA a exposé de façon fort complète les mécanismes de détermination du terme : *La durée des contrats successifs*, Thèse, Lyon, 1968, L.G.D.J., 1969, (Bibl. dr. privé, t. 102, préf. R. NERSON), n° 84 à 112, pp. 65 à 88. Cet auteur considère que la référence à l'objet de l'obligation est une référence expresse. Nous ne partageons pas cette opinion, en raison même de la recherche à laquelle doit se livrer l'interprète dans cette hypothèse.

Le simple fait de cautionner une seule opération limitée en durée en notant bien la volonté de limiter à cette seule opération l'engagement de la caution confère à ce cautionnement la même limite de durée que l'opération principale. C'est ainsi que la caution des remboursements échelonnés d'un prêt ne sera garant que jusqu'au paiement du dernier effet de la chaîne. C'est de l'objet même de l'obligation principale que découle le terme extinctif. Un auteur a ainsi souligné que «de nombreux contrats... sont... affectés d'un terme incertain (et tacite) dont l'existence n'engendre ni une indétermination absolue ni une indétermination complète, mais simplement une déterminabilité de la durée, état intermédiaire» qui trouve ses éléments d'existence dans «les autres pièces du mécanisme contractuel..., la cause et l'objet» (1). Voulant voir là une variété spéciale de contrats, il les a nommés contrats à durée déterminable (2).

On a déjà noté que si une telle classification n'était pas indispensable, elle était fort suggestive (3) et permettait d'affiner l'analyse du terme (4). Il s'agit simplement d'une détermination médiate de la durée par référence à un élément extérieur. Cette détermination pour être indirecte n'en confère pas moins au contrat qui la contient la qualification de contrat à durée déterminée (5). Peu importe en effet que le terme soit certain (connu) ou incertain (inconnu), l'essentiel étant que sa survenance ne puisse être mise en doute (6), mais aussi qu'il soit indépendant de la volonté des parties.

265. — Référence à l'obligation garantie de durée indéterminée. Selon le droit commun, un contrat peut trouver son terme dans une obligation juridique choisie comme référence, lors même que cette obligation est à durée indéterminée. Le terme, inconnu mais de réalisation certaine, réside dans l'extinction

(1) H. ROLAND : *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*, Mélanges P. VOIRIN, L.G.D.J., 1967, pp. 737 à 762, spécialement p. 741 et 742.

(2) Ibidem, p. 741 in principio.

(3) B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse précitée, n° II-49, p. 170.

(4) J. AZEMA : *La durée des contrats successifs*, Thèse précitée, n° 92, p. 73.

(5) Seul le droit du travail fait exception, pour des raisons d'équité, à cette règle. Les contrats de travail conclus pour la durée du chantier ou pour le remplacement temporaire d'un salarié dans l'accomplissement d'une mission sont qualifiés de contrats à durée déterminée. Cf. G. POULAIN : *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée*, Thèse, Strasbourg, 1970, Paris, L.G.D.J. 1971, n° 31 à 41, pp. 26 à 36 (sur le terme incertain). Cependant la particularité du droit du travail empêche la généralisation.

(6) Lorsque le terme, résultant de l'objet du contrat, bien que précisé par la convention, est frappé d'une indétermination trop grande, ou que sa survenance n'aura lieu qu'à la suite d'une très longue période de temps, certaines décisions ont malgré tout considéré le contrat comme à durée indéterminée. Cf. en matière de durée de la société : Civ. 1er juin 1859, S. 1861, 1, 113, note P. PONT (Société des Houillères du bassin de Graissessac). — Civ. 2 décembre 1843, S. 1844, 1, 22 (exploitation d'un moulin). — Req. 29 avril 1897, S. 1899, 1, 481 (exploitation d'une mine). — Lyon 13 janvier 1943, D.C. 1944, p. 34, note P. PIC (exploitation d'un bois-taillis). — Adde sur ce problème : B. HOUIN : thèse précitée, n° II-49 à II-51, pp. 170 à 175.

du contrat qui sert de référence (1). Le rapport d'accessoire ajoute ainsi un terme au contrat. Le cautionnement peut-il de la même façon trouver dans l'obliteration garantie de durée indéterminée un terme extinctif ? Les cautionnements de compte-courant, les cautionnements généraux de relations d'affaires bénéficieraient ainsi d'une durée déterminée. Une particularité de la relation juridique de cautionnement interdit ce recours.

Pour que l'analyse exposée puisse jouer, il faut en effet respecter toutes les conditions d'efficacité du terme et notamment l'indépendance de sa détermination par rapport aux parties (2). La survenance du terme ne doit pas dépendre exclusivement de la volonté d'une partie, sous peine de conférer à celle-ci un pouvoir exorbitant sur le contrat. Or le cautionnement est nécessairement conclu avec le même créancier qui se trouve par ailleurs partie à l'obligation garantie. Un tel mécanisme de détermination du terme ne peut donc être retenu (3) car l'extinction du cautionnement dépendrait «exclusivement de la volonté des parties au contrat principal, et plus spécialement du créancier cautionné, ce qu'on ne saurait admettre» (4). En conséquence le cautionnement d'une obligation à durée indéterminée est également à durée indéterminée dans le silence des parties.

L'application du principe général d'invalidité d'un terme potestatif emporte cette solution : «si le contrat-référence est... un contrat à durée indéterminée dont l'un au moins des contractants est partie à l'autre contrat, alors ce dernier ne peut être qualifié de contrat à durée déterminée, car la résiliation du terme dépend alors de la volonté exclusive d'un des deux contractants» (5).

(1) Cette détermination du terme extinctif par référence à un contrat à durée indéterminée est étudiée par Mr. J. AZEMA : thèse précitée, n° 87 à 89, pp. 70 à 72. Cf. par ex. : Soc. 18 février 1960, Bull. civ. 1960, IV, n° 154, qui concerne le contrat de travail d'un salarié qui devait expirer à la cessation des fonctions d'un autre salarié ; un tel contrat fut analysé en un contrat à durée déterminée. — Civ. 31 mai 1960, Bull. civ. 1960, I, n° 300, p. 245 ; J.C.P. 1960, II, 11681 note R. SAVATIER ; est à durée déterminée le contrat liant un médecin à une clinique et qui trouvera son terme dans la rupture des relations entre le chirurgien en chef que l'intéressé assiste et la clinique. Le contrat du chirurgien chef, bien qu'à durée indéterminée, est le contrat-référence constituant le terme.

(2) Cette condition pourtant fondamentale est souvent passée sous silence. Seuls quelques auteurs l'ont mise en relief : J. AZEMA : thèse précitée, n° 84, p. 65, et n° 87 à 89, pp. 70 à 72. — P. DURAND et A. VITU : *Traité du droit du travail*, t. 2, Paris, Dalloz, 1950, n° 173.

(3) C'est pourquoi la Cour de Rouen a refusé de voir un terme extinctif dans la clause d'un acte d'aval le déclarant valable «aussi longtemps que l'avaliste sera concessionnaire ou revendeur du concédant» car «une telle clause ne fixe pas la durée de l'engagement du donneur d'aval» (Rouen 21 septembre 1973, D. 1974, 246, note R. ROBLOT ; Gaz. Pal. 1974, p. 128, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE). — Contra, mais avec les plus sérieuses réserves : Com. 18 juin 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 209, p. 189 ; J.C.P. 1975, II, 18145, note P. SIMLER ; D. 1973, Som., p. 149.

(4) P. SIMLER : note précitée au J.C.P. 1975, II, 18145, I-B-1 de la note.

(5) J. AZEMA : thèse précitée, n° 89, p. 71 in fine. — Contra, B. HOUIN : thèse précitée, n° II-57, pp. 182 et 183.

La détermination du terme serait trop liée à la volonté d'une partie, serait donc trop subjective pour que l'on puisse lui conférer quelque pouvoir. Alors que l'indétermination objective du terme n'interdit pas la prise en considération de la volonté, l'indétermination subjective la prohibe.

La règle de l'accessoire s'applique donc en matière de terme avec toute sa rigueur : seule une obligation munie d'un terme extinctif peut conférer ce terme à son cautionnement. Elle le fait cependant systématiquement, sauf stipulation contraire. Le simple fait de cautionner l'opération nettement déterminée comporte bénéfice du terme extinctif de cette opération. La règle est de bon sens et la Cour de cassation n'a pas craint de l'étendre à l'aval par acte séparé.

L'on sait que depuis 1944 (1) la haute juridiction a durci sa position quant à l'exigence, dans l'acte d'aval séparé, de la durée ou de l'échéance des effets couverts (2). Malgré cette fermeté, la Chambre commerciale a jugé récemment que l'avaliseur qui mentionne avoir été en mesure de prendre connaissance de l'acte de prêt avalisé «savait de quels effets il garantissait le paiement, leur montant et la durée de son engagement» (3). En conséquence son aval est parfaitement valable, une référence tacite à la durée de l'obligation principale suffisant à lui conférer un terme extinctif.

266. — Tacite reconduction et renouvellement. Le cautionnement emprunte à l'obligation principale son terme extinctif mais il ne lui emprunte pas toute sa durée, rejetant ainsi les modifications de ce terme. L'application de la règle de l'accessoire est suspendue pour les variations postérieures à la conclusion. Si l'obligation principale affectée d'un terme est tacitement reconduite entre le créancier et le débiteur, il faut voir dans cette opération la création d'un nouveau lien obligatoire. La solution, après avoir été discutée, est maintenant unanimement admise (4), que la tacite reconduction ait lieu en l'absence de toute prévision contractuelle ou en application d'une clause du contrat

(1) Civ. 7 mars 1944, D.P. 1945, p. 73 note J. HAMEL ; S. 1944, 1, 100 ; Gaz. Pal. 1944, 1, 214 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 88, pp. 309 à 312, obs. G. LAGARDE ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 31-B-b, pp. 97 et 98, obs. M. CABRILLAC.

(2) Sur cette évolution, cf. en sus des annotateurs précités, P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, n° 500, page 564, texte et note 2. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, 1954, § 63, p. 64 à 66, et § 135, pp. 151-152. — R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n° 251, p. 212.

(3) Com. 16 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 99 ; Rev. trim. dr. com. 1971, p. 148, obs. approbatrices : M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; *La lettre de change dans la Jurisprudence*, n° 31-B-b, pp. 98 et 99, obs. M. CABRILLAC.

(4) J. RADOUANT : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civil, 1^e ed°, (1954), vis TACITE RECONDUCTION, n° 17 et suiv. — J. AZEMA : *La durée des contrats successifs*, Thèse précitée, n° 296, p. 223. — Adde : V. DELAPORTE : Note au Dalloz 1975, pp. 765 à 768 sous Com. 24 avril 1974, spécialement II-A de la note, pp. 766, 2^e col. et 767.

originaires (1). Le contrat tacitement reconduit étant en quelque sorte régénéré, il perd ses attributs antérieurs et notamment son cautionnement qui s'éteint. Cette conséquence était déjà appliquée au cautionnement d'un bail dans l'article 1740 du Code civil. Elle doit être généralisée à tous les contrats, ainsi d'ailleurs qu'à toutes les sûretés.

On a voulu expliquer la disparition des sûretés par une disparition de leur cause qui surviendrait lors de la tacite reconduction du contrat garanti (2). Outre la confusion qu'il y a à voir dans l'obligation garantie la cause du cautionnement (3), c'est ajouter une complication superflue là où les effets du terme extinctif suffisent amplement à expliquer la situation. Puisque le cautionnement adopte le terme extinctif du rapport principal d'obligation, il est logique que ce terme joue à plein. L'échéance prévue dissout le contrat principal et son accessoire. Si le contrat principal renaît par le biais d'un mécanisme particulier, il n'en est pas de même de l'accessoire en l'absence de toute stipulation propre au cautionnement (4).

A la tacite reconduction, phénomène essentiellement contractuel, s'oppose le maintien forcé du rapport contractuel. Qu'advient-il du cautionnement lorsque l'obligation garantie est reconduite par ordre de la loi ? Ainsi au cas de renouvellement forcé du bail rural, seule hypothèse réelle de maintien

(1) Sur l'analyse des différents aspects de la tacite reconduction, cf. : B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse précitée, n° II, 63 à II-73, pp. 190 à 201 (Dactyl.).

(2) B. TEYSSIE : *Les groupes de contrats*, Thèse, Montpellier, 1974, Paris, L.G.D.J., 1975 (Bibl. dr. privé, t. 139, préf. J.M. MOUSSERON), n° 116 in fine.

(3) L'erreur a été relevée et blâmée par C. BUFNOIR (*Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, Rousseau, 1900, p. 533) et par H. CAPITANT (*De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, 1^e ed°, n° 31, 1^e, pp. 64 in fine à 66), en termes vifs et nets : «il ne faut pas confondre le support de l'obligation de la caution [c'est-à-dire l'obligation principale] avec la cause qui la détermine» (H. CAPITANT, op. et loc. cit., p. 65).

(4) En ce sens : Montpellier 20 avril 1972 (1^{ère} ch.), Laudri c/Caisse régionale de crédit agricole mutuel des Pyrénées Orientales, (inédit). L'arrêt est une illustration dangereuse car il se livre à une interprétation fort critiquable du sens des stipulations contractuelles. Le Crédit agricole avait ouvert à un client un crédit pour un an, reconductible. Il fut effectivement reconduit tacitement à trois reprises, et déboucha sur une inexécution. La caution poursuivie invoqua sa libération depuis la première reconduction tacite. La Cour la lui refusa, allant découvrir dans une clause du formulaire du Crédit agricole par laquelle la caution renonçait à être «informée du remboursement ou du non-remboursement des sommes prêtées», une prétendue volonté de reconduire le cautionnement en même temps que le contrat principal. Cette interprétation constitue en réalité une dénaturation manifeste d'une clause qui ne vise qu'à renforcer le jeu de l'art. 2039 C. civ., en évitant toute possibilité d'invoquer une négligence et l'art. 2037 C. civ. — Cf. au contraire : Besançon 6 juillet 1928, D.H. 1928, pp. 584 à 586, espèce dans laquelle la clause prévoyant la tacite reconduction était explicite (cf. spécialement p. 585, 1^{ère} col. in fine).

d'autorité du contrat (1), la question peut se poser du sort du cautionnement des obligations du fermier. Les cautionnements sont relativement fréquents en la matière et la sollicitude des formulaires prévoyant quasiment tous une formule de cautionnement spécial pour le bail est la preuve d'un besoin certain de la pratique. Le cautionnement survit-il à l'exigence du fermier de renouveler le bail ? A priori une réponse négative s'impose, puisqu'un nouveau contrat se substitue au premier (2). A la réflexion cependant, le doute naît quant à savoir si l'on peut équitablement délivrer la caution alors que c'est justement le débiteur qui est le maître du maintien forcé du contrat. L'omnipotence du fermier, qui est la pierre angulaire de l'opération de maintien, devrait être aussi la pierre d'achoppement de l'extinction du cautionnement. Cette prise en considération d'un élément extérieur aux stipulations contractuelles, mais qui fait corps avec elles, montre la voie dans laquelle il faut s'engager plus profondément en matière de cautionnement.

b) Détermination par référence à un élément fondamental

267. — **Motifs du cautionnement.** De par le contexte qui l'entoure, le cautionnement est plus souvent un acte d'adhésion pour la caution qu'un contrat débattu et discuté dans ses modalités. L'extériorisation de la volonté qui prend souvent la forme de quelques mots ou chiffres dans les blancs d'un formulaire, ne suffit pas à dévoiler les motifs que les parties ont plus ou moins inclus dans le champ contractuel. Aussi bien faut-il sortir du cadre exigu de la volonté déclarée pour fouiller les intentions profondes, les mobiles connus mais non exprimés des parties. L'analyse se rapproche de celle à laquelle procède l'observateur pour déceler la cause subjective d'un engagement (1°). Au problème ainsi disséqué, le terme apporte une solution idoine (2°).

(1) En effet le renouvellement du bail commercial est consenti par le bailleur, l'aspect volontaire résistant à la coercition économique qui résulte de l'indemnité d'éviction. Quant au droit au maintien dans les lieux créé par l'article 4 de la loi du 1er septembre 1948, il est en réalité un droit hybride d'origine légale à coloration contractuelle. Sur tous ces points, cf. : G. BRIERE de L'ISLE : *Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration* ; in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Ouvr. collectif sous la direction de P. DURAND, L.G.D.J. 1960, pp. 301 à 322, spécialement pp. 308 à 312. — J. AZEMA : *La durée des contrats successifs*, Thèse, Lyon, 1968. L.G.D.J., 1969, Bibl. dr. privé, t. 102, préf. R. NERSON, n° 308 à 313, pp. 230 à 334, et n° 329 à 336, pp. 244 à 248.

(2) Et en application de l'art. 1740 C. civ. : « la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation » qui ne vise que la tacite reconduction, mais doit être étendu aux autres formes de prolongation (en ce sens : P. SIMLER, *J. Cl. civ.* art. 2011-2020 (3^e fasc.), n° 40).

1° — La question

En se posant la *question* de savoir quel a été l'élément déterminant de la signature du cautionnement, tant pour le créancier que pour la caution, l'on peut être amené à des découvertes qui précisent le contenu du contrat et de ses facteurs d'extinction. Certes apparaît immédiatement l'objection éclatante d'une fragilisation du cautionnement. Sûreté il est, sûreté il doit rester et pour cela l'on doit rejeter toute analyse qui faciliterait la libération de la caution. Le plus ardent défenseur de la recherche de l'intention des parties bannissait lui-même cette recherche dans le cautionnement : Henri CAPITANT, qui rangeait le cautionnement au nombre des actes abstraits, affirmait que «l'obligation de la caution envers le créancier se trouve séparée de sa cause [car] le créancier ignore le plus souvent quelle est la cause qui détermine la caution à s'obliger envers lui» (1). Dans ces cas, l'équité et la sécurité des relations juridiques s'opposent à ce que l'on prenne la cause en considération (2). Nous nous rendons à cette objection et ce n'est pas la cause de l'engagement de la caution que nous recherchons, mais la cause qui a poussé le créancier à exiger le cautionnement.

Prima facie, cette cause est évidente : le cautionnement sert à augmenter la sécurité du créancier en lui conférant un droit supplémentaire sur un patrimoine nouveau. C'est là le lot commun de toutes les sûretés. Toutefois cette augmentation de la sécurité peut prendre des aspects différents d'un simple accroissement du nombre des biens saisissables. La caution n'a parfois qu'une piètre surface financière, sa loyauté n'est pas toujours exempte de certaines ombres ; son engagement n'en est pas moins exigé par le créancier. Puisqu'il faut trouver ailleurs que dans la richesse la raison de son choix, l'on doit la rechercher (et on la trouvera) dans les *qualités* particulières que lui confère une certaine *position* au regard du débiteur principal.

268. — Application à la pratique. Les cautionnements conclus par des dirigeants de sociétés pour garantir «leur» société doivent être classés au premier rang des engagements dont le contexte apporte une clarté nouvelle. Le maître de l'affaire qui consent ainsi «une renonciation partielle à la séparation des passifs existants entre sa société et son patrimoine distinct» (3) ne le fait, et n'est engagé à le faire par le banquier-crédancier, qu'en raison de sa position

(1) *De la cause des obligations* : précité, n° 31-1^e, p. 64. — Adde : Sur la classification du cautionnement parmi «les cas où l'obligation est valable sans qu'il y ait à rechercher quelle en est la cause», op. cit., n° 184, pp. 400 à 402.

(2) Cf. H. CAPITANT : op. cit., n° 9, p. 21. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed°, n° 75, p. 82. — Adde la formule de R. DEMOGUE : «L'acte abstrait... apparaît... comme une admission de présomption de cause licite par utilité pratique», *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 847, p. 752. A noter cependant que DEMOGUE, partisan d'une notion extensive de la cause qu'il assimile au but poursuivi par les parties, insiste sur son rôle dans «les contrats unilatéraux comme... le cautionnement» (op. cit., n° 843, p. 738).

(3) R. SAVATIER : Note au Dalloz 1962, J., pp. 770 à 772, sous Trib. Com. Seine, 19 juin 1962.

dans l'affaire. C'est devenu un lieu commun que de relever la constance qu'apportent les banquiers à exiger systématiquement des gérants de la S.A.R.L., des P.D.G. et administrateurs de société anonyme ou même de leurs conjoints un cautionnement universel de toutes les dettes de la société qu'ils dirigent (1). Cette pratique, «quasi générale à l'égard des petites sociétés de capitaux» (2) est révélatrice d'une utilisation bien comprise des sociétés commerciales. Les banques «estiment ne pas avoir à supporter seules les risques et désirent que les dirigeants en prennent leur part. Elles agissent ainsi, même si la situation de fortune des garants est relativement modeste» (3). De nombreuses décisions de jurisprudence relèvent cette coutume, à l'instar du Tribunal de Commerce de la Seine qui observe «qu'en matière de sociétés, et plus spécialement de S.A.R.L., les banquiers exigent ces engagements de la part des dirigeants sociaux : qu'en l'espèce les signatures [des cautions] ont été requises... à cause des responsabilités sociales de ces deux dames nommées co-gérantes de la société» (4).

De cette sorte de cautionnement se rapprochent les cautionnements à l'intérieur d'un groupe de sociétés. Que la société mère cautionne sa filiale, que les cautionnements s'entrecroisent entre membres du groupe, qu'un holding garantisse les sociétés participantes (5), la qualité de la caution pèse autant que son poids financier. A preuve les cautionnements qu'une société mère consent pour ses filiales, dans le seul but de révéler au plan des rapports obligatoires les liens existants au plan économique.

L'exemplarité des cautionnements imposés au conjoint du débiteur, parfois même à son père ou à son frère, n'est pas moindre (6). Y a-t-il vraiment désir

(1) Cf. C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 556, p. 761. — C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. Commercial.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 36, n° 107.

(2) C. CHAMPAUD et J. SARRUT : *Dictionnaire permanent de droit des affaires*, 2^e partie, Bulletin n° 13-73, p. 16, M. à J. du mot : Administration - Direction de la société anonyme, n° 209.

(3) J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed°, Mise à jour par J.P. PATY, Paris, Dalloz, 1976, n° 294, p. 236.

(4) Trib. Com. Seine 30 janvier 1968, reproduit par F. BRUN : *Le contentieux des affaires*, Paris, L.G.D.J., 1970 (préf. Y. MICHEL), n° 766, p. 274 et 275, spécialement p. 275.

(5) Le cautionnement présente un grand avantage pour les sociétés holdings ou les controlaires qui ne peuvent ou ne désirent pas conférer des nantissements sur les actions de contrôle qu'elles détiennent. Qui voudrait d'un gage susceptible de perdre toute valeur à la suite d'un changement de la politique commerciale du débiteur ? Le cautionnement permet aux holdings d'offrir indirectement en gage ces valeurs, dépouillées du risque de fraude ou des conséquences de l'évolution économique. — Sur cette question, voir les observations congrues de H. HOVASSE : *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, Thèse, Rennes 1974, Dactyl. n° 5, p. 5, texte et note 2.

(6) Ainsi les prêts d'épargne logement ne sont-ils accordés, le plus souvent, que contre fourniture d'un cautionnement. Le plus souvent donné par un parent ou un ami, ce cautionnement est plus intéressant par son efficacité psychologique sur le débiteur que par la sécurité financière qu'il apporte.

d'accroître les patrimoines engagés lorsqu'on exige systématiquement le cautionnement de l'épouse en régime de communauté lors du financement d'achats de biens de consommation (1) ? Ces épouses démunies de biens propres et souvent même de biens réservés n'offrent qu'une piètre garantie pécuniaire.

269. — Les trois motivations attachées à la position de la caution. Quelle est alors la motivation du créancier ? Elle est polymorphe, mais peut se schématiser autour de trois grands buts.

Premièrement le créancier cherche à impliquer les cautions dans l'affaire du débiteur, à leur faire supporter la charge juridique qu'il estime être la contrepartie normale des profits qu'elles retirent indirectement de l'opération. «L'essentiel est d'engager leur responsabilité de telle sorte qu'ils ne soient pas indifférents au sort des concours du banquier» (2). Le cautionnement fait sauter le verrou des différentes formes de limitation de responsabilité de ceux qui gèrent les affaires du débiteur ou en bénéficient indirectement (3). Cette considération permet au créancier de «tester le degré de confiance que le dirigeant a lui-même dans l'avenir de son entreprise» (4).

Deuxièmement le créancier veut se constituer un moyen de pression sur le débiteur. La pression qu'il espère résulter de la seule existence du cautionnement prendra une forme différente selon la nature des liens unissant la caution au débiteur. Aux liens affectifs correspondra une pression morale ; aux liens financiers s'attachera une pression économique. Les formes de cautionnement familial ou amical engendrent normalement chez le débiteur un sentiment de culpabilité plus ou moins accentué. L'on a montré qu'il existe une joie de se libérer en payant ses dettes, une satisfaction de se sentir dégagé (5). «L'allègrese de la plupart des débiteurs» (6) à se soulager du fardeau est d'autant

(1) C'est par exemple la pratique suivie par la Compagnie Bancaire et les établissements financiers du groupe.

(2) J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, précitées, ibidem.

(3) En conséquence le cautionnement influe sur la nature de la société. En rendant les dirigeants sociaux responsables de la totalité des dettes sociales envers certains créanciers, il fait ressurgir les nervures de la société en commandite à travers le limbe des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée (En ce sens, cf. R. RODIERE : *Droit commercial, Groupements commerciaux*, Précis Dalloz, 7^e ed^o, 1971, n^o 107, p. 109).

(4) L.M. MARTIN : *Sûretés traquées : crédit détraqué*, Banque 1975, pp. 1133 à 1139, spécialement, p. 1135, 1^e col. Cet auteur dédouble cette première motivation du banquier en distinguant le but d'association du dirigeant «aux risques qu'il demande au banquier de couvrir» de celui d'évaluation de la sérénité du dirigeant ; mais surtout il y voit «un élément de moralisation de la gestion commerciale...», ibidem, p. 1135, 1^e col. in fine et 2^e col.

(5) «Nous pouvons y voir une résurgence atavique, à travers les siècles, de l'époque où s'acquitter, c'était se racheter soi-même, plus encore, racheter son ami. Nous pouvons y voir la sensation quasi-physique d'un allègement, car la dette pèse, tant qu'elle dure, sur la psyché débitrice», J. CARBONNIER : *Caractères juridiques*, Flexible droit, 2^e ed^o, 1971, p. 235.

(6) J. CARBONNIER : Ibidem.

plus grande que le poids moral de la dette était alourdi par la conscience qu'un parent ou un ami non intéressé à la dette en supporterait la charge. L'exemplarité de la légende de la caution est à cet égard parfaite (1). Les exemples fournis par CICERON du déshonneur qui frappait sous la République celui qui laissait un ami payer à sa place en qualité de caution révèlent la même attitude et s'expliquent par le même phénomène (2).

Pour l'hypothèse où la pression morale ne jouerait pas, une autre corde sensible peut être pincée. En exigeant l'engagement personnel des dirigeants de la société débitrice, le créancier leur fait entrevoir le spectre d'une exécution sur leur fortune personnelle en cas de défaillance de la société. Il n'est pas de meilleur aiguillon que l'intérêt que l'on a à éviter un dommage personnel et le créancier sait que de telles cautions feront jouer tous leurs pouvoirs pour que la société le satisfasse en premier. Or leur pouvoir est grand qui est celui de présider aux destinées du débiteur. La pression économique prend donc la voie détournée mais efficace des bras de la caution. Elle utilise tous les rouages du mécanisme social et son efficacité est en proportion inverse de la fortune personnelle du dirigeant social. Plus la charge de la dette serait pesante pour lui, plus il déploiera d'activité en faveur de la satisfaction du créancier (3).

Troisièmement enfin, le créancier recherche, en imposant le cautionnement de nombreuses personnes choisies en fonction de leur situation par rapport au débiteur, « à éviter des concours qui pourraient être dangereux en cas de faillite du débiteur principal : concours de la femme créancière de ses reprises ou concours des administrateurs de sociétés anonymes et des gérants de S.A.R.L. créanciers de leurs apports en compte-courant » (4).

Ces trois motivations particulières qui, dans certains cautionnements, animent le créancier, confèrent au contrat une physionomie spéciale. Cette cause que le créancier extériorise plus ou moins en exigeant la garantie de telle personne nommément désignée va rejaillir sur les modalités de l'engagement de la caution choisie en fonction de sa qualité ou de sa situation. Une telle motivation, qui est celle du créancier, peut parfaitement être invoquée par la caution pour la retourner contre celui qui l'a faite entrer dans le champ contractuel.

(1) En exigeant d'un condamné à mort qui sollicitait un sursis pour assister aux noces de sa sœur qu'il fournisse un ami qui répondrait sur sa vie du retour de l'intéressé, le « créancier » jouait sur l'honnêteté morale et la probité de cœur du débiteur. L'histoire dit qu'il ne fut pas déçu. Cf. J. CARBONNIER : op. et loc. cit.

(2) Cf. P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiale*, Thèse, Aix, 1959, Dactyl., n° 25, p. 25.

(3) J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ insistent sur le but recherché ainsi par le créancier en notant que ces cautionnements « n'ont parfois d'autre objet... que d'intéresser les dirigeants de l'entreprise au remboursement du banquier, et il est fort utile de les exiger, même si ces garants n'ont qu'une situation de fortune très modeste », *Les opérations de banque*, précitées, 5^e ed^o, Mise à jour par J.P. PATY, 1976, n° 294, p. 237.

(4) J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : op. et loc. cit. A noter que depuis 1965 le droit de reprise appartient à chacun des époux ; art. 1467 et 1472 et suiv. C. civ.

Au surplus «le contrat est...un acte global» (1) pour la compréhension duquel il faut «compléter l'élément psychologique que la doctrine a trop souvent pris pour base de ses discussions par d'autres éléments, tirés d'une réalité plus large, que révèlent, au mieux, les besoins de la vie et les idées dominantes» (2). Le cautionnement s'insère dans un groupe de contrats ; or, «l'appréciation des termes d'un accord gagne en précision une fois replacés au sein du groupe auquel il participe» (3). C'est en fonction de la nature de l'obligation principale, en fonction des relations entre le débiteur principal et la caution, en fonction des intentions du créancier qu'il faudra donner un sens et une qualification. Le complexe contractuel éclaire le cautionnement, «les contrats du groupe s'interprétant les uns par les autres, le sens de chacun étant donné à travers la considération du groupe entier» (4).

L'un des éléments fondamentaux du cautionnement prend sa physionomie propre sous la lumière des éléments d'interprétation. Les particularités de la situation de la caution, insérées par le créancier dans son consentement au contrat, doivent faire l'objet d'une intégration dans le processus juridique contractuel et revêtir la qualification d'une modalité précise de l'obligation.

Les éléments d'un tel donné provenant de la nature «des choses, susceptibles par suite d'être saisis par la connaissance ou pressentis par la conscience morale» (5), ont souvent été retenus et parfois exposés, par certaines décisions de justice, notamment le Tribunal de Commerce de la Seine (6). Le fait que des juges relèvent la particularité de telles situations de fait et leur accordent une influence juridique démontre l'importance qu'elles revêtent dans la pratique. Aux problèmes qu'elles posent, quelle solution donner ?

2° — La solution.

270. — Solution apportée par le terme extinctif. La solution réside dans une qualification juridique correcte de la référence tacite que les parties ont faite à un élément extrinsèque et fondamental. Le choix de cette qualification n'est cependant ni unanime, ni toujours heureux.

(1) J. CARBONNIER : *De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat*, Flexible droit, 2^e ed°, 1971, p. 209.

(2) F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e ed°, Préf. R. SALEILLES, nouveau tirage, Paris, L.G.D.J., 1954, t. 2, n° 172, p. 157.

(3) B. TEYSSIE : *Les groupes de contrats*, Thèse, Montpellier, 1974, Paris, L.G.D.J. 1975, précitée, n° 421.

(4) B. TEYSSIE : Thèse précitée, n° 421 in fine.

(5) F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, précité, t. 2, n° 224, p. 410.

(6) Cf. particulièrement : Trib. com. Seine 19 juin 1962, D. 1962, J., pp. 769 à 772, note J. SAVATIER, *passim*. — Trib. com. Seine 30 janvier 1968, reproduit par F. BRUN : *Le contentieux des affaires*, précité, n° 766, pp. 274 et 275 et n° 777, pp. 277 et 278, et les observations de l'auteur n° 778, pp. 278 et 279. Ce jugement a été réformé par la Cour d'appel de Paris le 6 décembre 1968 (Rev. jurispr. Com., journ. agréés. 1969, pp. 230 à 235, note M. CARTERON).

Certains ont vu une novation dans la survenance d'une modification de cette situation considérée comme une pièce du champ contractuel (1). Plus sereinement d'autres décisions ont invoqué le changement ou la disparition de la cause de l'engagement de la caution (2). Cette solution n'a pas été sans faire des adeptes (3) mais nous avons dit pourquoi nous ne la retenons pas (4).

Beaucoup plus séduisante en revanche est la qualification de terme extinctif (5). En concluant un cautionnement motivé par la particularité de la situation de la caution, le créancier et la caution insèrent dans leur accord un élément fondamental particulier, propre à en déterminer l'étendue dans le temps. Attaché aux fonctions de la caution, le cautionnement est limité à la durée de ces fonctions (6). Le terme est constitué par la cessation de la particularité de la situation ; il est sous-jacent en raison de la détermination tacite dont il fait l'objet, mais il n'en est pas moins efficace.

Au demeurant «le régime du contrat qui repose sur la volonté n'est pas le régime de la fantaisie des parties contractantes» (7). Et l'inclusion d'un terme sous-jacent n'autorise pas à la rupture du cautionnement sans que les prévisions tacites des parties ne se soient réalisées. Seule la disparition de l'élément fondamental de référence, tacitement désigné comme la clé du cautionnement, réalise la survenance du terme. Le terme n'est pas réellement potestatif car des considérations majeures bien supérieures à l'intérêt (ou au risque) présenté par le cautionnement lient la caution plus solidement qu'un lien de droit. Divorcerait-on d'avec son époux ou sa société pour éviter la charge d'une dette ?

La nécessité d'une telle limitation est ressentie par les juges mais c'est dans sa mesure qu'ils s'égarent. Le terme, qui circonscrit ses effets à l'avenir seulement et laisse intacts tous les engagements déjà nés, offre une issue

(1) Trib. Com. Seine : 30 janvier 1968, précité, spécialement n° 777, p. 278 ; qui voit une novation dans le retrait d'une co-gérante de sa S.A.R.L. Cette novation atteignant l'obligation principale (en l'espèce un compte-courant) puisque son contractant change, le cautionnement disparaîtrait.

(2) Orléans, 10 octobre 1966, Banque 1967, p. 48 obs. X. MARIN. — Trib. Com. Seine 19 juin 1962, précité.

(3) R. SAVATIER : note précitée, sous Trib. Com. Seine 19 juin 1962, spécialement : III, p. 772, 1^e col.

(4) Cf. supra n° 267.

(5) Elle est effleurée, pour de telles hypothèses, par M. P. SIMLER (*J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 164 à 166) qui constate : «S'il n'y a pas lieu d'exclure l'éventualité d'un terme implicite, il faut du moins qu'il résulte avec certitude des stipulations du contrat ou des circonstances qui ont entouré sa conclusion, et qu'il n'apparaisse pas comme une invention de la caution poursuivie» (ibidem, n° 166), ce que nous ne saurions contester. — Cf. très nettement du même auteur : Note au J.C.P. 1979, II, 19154 sous Com. 16 février 1977 ; I-B de la note. — Adde semble-t-il : Lyon 4 juin 1934, Gaz. Pal. T.Q. 1935-1940. V° cautionnement, n° 19 et 20 ; Mon. jud. Lyon 31 mars 1935.

(6) «L'intention de la dame R... avait été de limiter la durée de son engagement à celle de ses fonctions de co-gérante». M. CARTERON, note à la Rev. jurispr. Com. (journ. agréés) 1969, p. 234 et 235, sous Paris 6 décembre 1968 (ibidem, p. 230) ; spécialement p. 234.

(7) G. MORIN : *La révolte des faits contre le code*, Paris, Grasset, 1920, p. 15.

compatible aux besoins de sécurité concurrents qui s'affrontent dans le champ clos du cautionnement. Il est même l'exemple typique de l'idée de «sécurité nécessaire» chère à DEMOGUE (1).

Avec une image simple, le Tribunal de Commerce de la Seine a montré l'insupportable situation d'une caution garantissant une dette ayant vocation à la perpétuité : «il ne peut être honnêtement soutenu que la banque elle-même ait entendu voir la [caution] garantir le compte de la société in aeternum pendant toute la durée de la société, ce qui aurait pour effet de voir garantir le compte de la société par [la caution] pour le restant de sa vie, puis ses héritiers et les héritiers de ses héritiers, pour peu, comme c'est le cas en l'espèce, que chacune des parties omette de se dégager de son engagement» (2).

En effet le nombre des résiliations de tels engagements est fort rare. Justifiable par l'oubli (3) et plus encore par la position délicate de débiteur accessoire (4), l'immobilisme de la caution entraîne des situations particulièrement périlleuses. Lorsque le dirigeant qui cautionnait sa société quitte sa fonction, lorsque l'époux caution divorce et laisse son ex-conjoint gérer seul ses affaires, la motivation originaire disparaît. Plus grave, la caution n'a plus aucun moyen d'information, et encore moins d'action pour éviter l'accroissement de sa dette. Toutes les circonstances qui avaient justifié et expliqué le caractère particulièrement étendu et rigoureux du cautionnement sont anéanties. Cette situation est si grave qu'elle est la seule dans laquelle les canonistes et les théologiens, à la suite de Saint-AUGUSTIN et Saint-THOMAS D'AQUIN, admettent qu'il n'y a pas faute à s'affranchir de sa promesse et de sa foi. Les contractants «pourront en cas de changement substantiel des circonstances, être dispensés d'observer... la règle morale» (5).

La règle juridique conserve toutefois aux yeux de la jurisprudence une vigueur plus grande, car elle interdit de libérer la caution dans ces circonstances (6). L'argumentation repose sur l'inefficacité de la disparition de la cause en cours d'engagement, si cette cause n'a pas été exprimée dans le contrat et connue du créancier. Exact sur le terrain de la cause, le raisonnement s'effrite

(1) «La sécurité nécessaire, et cela seulement, voilà le but à atteindre dans un esprit de conciliation» : *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 82.

(2) Trib. Com. Seine 19 juin 1962 : précité, spécialement p. 770, 1^{er} col.

(3) De très nombreuses banques ne rédigent le contrat de cautionnement qu'en un seul exemplaire qu'elles conservent précieusement. La caution est excusable, après plusieurs années ou décennies, d'avoir oublié un engagement qu'aucun document ne rappelle. Quant à ses héritiers, ils sont par ce fait totalement ignorants de l'existence d'un tel contrat.

— Adde : sur ce phénomène de l'oubli, même chez le bonus pater familias, le conseil de MMrs J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ qui préconisent un «rafraîchissement de la caution» pour les contrats de longue durée (*Les opérations de banque*, précité, 1976, n° 266, p. 212, note 1, et n° 294, p. 236, note 1.).

(4) La tendance marquée des cautions à «faire le mort» pour ne pas rompre le silence qui les entoure et qui, espèrent-elles, favorisera l'amnésie du créancier, les pousse à ne pas même provoquer leur libération par une résiliation de leur engagement.

(5) G. MORIN : *La révolte du droit contre le code*, Paris, Sirey, 1945, p. 33.

(6) Cf. infra n° 341 et suiv.

sur celui du terme. Or c'est bien dans la présence d'un terme extinctif sous-jacent qu'il faut voir la modalité susceptible d'apporter à la caution la limitation de durée que l'équité exige (1). Le terme découle de la référence tacite que le créancier d'une part, la caution d'autre part, font à l'élément fondamental de l'engagement. La disparition de cet élément réalise la survenance du terme et éteint le cautionnement pour l'avenir.

271. — **Terme sous-jacent acceptable.** Que la référence à l'élément fondamental pour la détermination du terme ait été tacite n'ôte rien à son efficacité pourvu que l'analyse du contexte de la conclusion du cautionnement montre la réalité de cette référence (2). Les choses qui vont d'elles-mêmes dans l'esprit des contractants vont certes encore mieux en les exprimant ; mais à trop suivre les conseils prodigués par certains aux banquiers (3), les cautionnements deviennent elliptiques et insuffisamment précis, le recours au formulaire favorisant l'impersonnalité de l'acte instrumentaire. Le cautionnement est en ce cas un contrat d'adhésion (4) et le juge doit y appliquer les principes directeurs de l'interprétation de volonté dont il use avec constance dans d'autres contrats, comme le contrat de transport ou d'assurance. Il y a certainement effraction moins grave des volontés à révéler un terme sous-jacent dans certains cautionnements qu'à découvrir une obligation de sécurité sous un ticket de métro ou un billet S.N.C.F.

(1) Trib. com. Seine 19 juin 1962, précité, spécialement p. 770, 1^{er} col. Le P.D.G. d'une société anonyme avait, à l'occasion d'un prêt, consenti un cautionnement illimité et général des dettes de sa société envers la banque. Ultérieurement il céda les actions qu'il détenait et ainsi «sa» société à une acquéreur. La banque créancière demanda au cessionnaire son cautionnement personnel, celui de sa femme et un cautionnement réel de son beau-père. Le Tribunal en conclut que le cautionnement de l'ancien P.D.G. était devenu sans valeur et, au milieu d'une nuée de qualifications plus ou moins précises (absence d'objet, disparition de la cause, caducité...) retint la nécessité d'une limitation de la durée. — Adde : Trib. com. Seine 6 décembre 1968, précité.

(2) En ce sens, par a contrario : Paris, 6 décembre 1968, précité. La Cour constate que la caution «n'a pas pour autant stipulé, alors qu'il lui était loisible de le faire, que son engagement était donné avec un terme extinctif... ; qu'on ne peut au surplus *déduire des circonstances de la cause* que la Banque ait accepté une telle réserve informulée, et qu'on ne saurait invoquer un accord tacite de volonté», Rev. jurisp. com. (journ. agréés), 1969, p. 232 in fine et 233.

(3) «C'est affaiblir cette garantie essentiellement personnelle que de vouloir cantonner l'éventuelle mise en jeu aux conséquences de telles ou telles opérations bien déterminées entre débiteur et créancier ; c'est l'affaiblir aussi que de la rendre subjective en énonçant les «raisons» que dit avoir la caution de s'engager. L'acte de cautionnement doit donc... se limiter à constater que la caution se porte garante, dans telle limite de montant et telle autre de durée, du paiement ou du remboursement de toute somme que doit ou pourrait devoir au créancier pour quelque cause que ce soit». J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, précité, n° 266, p. 212.

(4) Sur la qualification de contrat d'adhésion applicable dès que l'acte instrumentaire contient des formules prérédigées et ignorées de l'autre partie, cf. : M. FONTAINE : *Rapport sur la protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belge*, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 24, 1973, Dalloz, 1975, pp. 33 à 63, spécialement pp. 37 et 38, à propos de la force obligatoire des conditions générales de vente.

L'existence de ce terme sous-jacent est limitée aux hypothèses dans lesquelles il est crédible. Il faut que les éléments de la cause permettent de croire que les parties ont attaché une considération spéciale à tel élément de la situation de la caution. Nous étudierons à leur tour chacun des éléments possibles qu'il s'agisse de la personne même de la caution (1), de ses fonctions de direction du débiteur principal ou de ses liens d'alliance avec lui (2). Il faut aussi, et c'est là une seconde condition, que le contrat ne prévoit pas une limitation expresse de sa durée. Il s'agit en effet de déceler la volonté des parties. Un terme exprès est nécessairement une manifestation de cette volonté qui exclut toute autre interprétation. Son existence évite donc des problèmes de recherche ; mais elle ne supprime pas ceux d'interprétation.

B — Détermination expresse du terme extinctif

272. — **Référence à la durée de l'obligation principale.** Déterminer expressément un terme extinctif semble d'abord une mesure de prudence, ensuite une opération d'une élémentaire facilité. En prévoyant l'extinction de l'engagement à partir de tel quantième, ou à l'expiration de tel délai, les parties devraient se mettre à l'abri de toutes surprises résultant d'une interprétation inexacte de leur volonté. Malheureusement l'espoir inavoué de tout contractant de tirer profit d'une certaine imprécision et le désir de ne pas heurter son partenaire poussent les parties au cautionnement à ne rédiger trop souvent que des clauses vagues et laissant place à la glose.

De cette catégorie font partie les mentions contractuelles visant à raccrocher expressément le terme du cautionnement à la durée de l'obligation principale. A priori de telles précisions ne devraient pas susciter plus de commentaires que n'en fait naître la stipulation d'une date certaine. En réalité, si le cautionnement puise dans l'obligation principale de nombreux éléments vitaux, comme un parasite vivant au crochet de l'organisme qui le supporte, il y puise également des imprécisions génératrices de complications.

L'ambiguïté est grande en cas de référence à un terme implicite (a). Elle ne disparaît pas nécessairement avec la détermination d'un terme explicite (b).

(1) Infra n° 347 à 359.

(2) Infra n° 337 à 346.

a) Détermination expresse d'un terme implicite

La détermination d'un terme implicite résulte parfois d'une mention de pure forme que les parties ont incluse dans le seul but de renforcer l'engagement de la caution. Si l'obligation principale est pourvue d'un terme le cautionnement en bénéficie ainsi sans hésitation : par exemple le cautionnement conclu «pour toute la durée des opérations prévues» a fort justement été qualifié de contrat à durée déterminée car des limites précises à ces opérations résultaient d'une correspondance échangée entre le débiteur et le créancier (1).

De même la clause stipulant que le cautionnement «ne pourra s'éteindre avant que la juridiction compétente ait statué sur la réclamation du principal obligé» (2) ne présente guère d'équivoque lorsque l'engagement de la caution est conclu après que la juridiction ait été saisie. Au contraire d'autres clauses font surgir quelques difficultés rapidement démêlées. Ainsi le cautionnement des intérêts produits par un capital stipulé efficace «jusqu'au remboursement de ce capital» est bien affecté d'un terme valable (3). En effet la survenance du terme est extérieure à la dette garantie : le cautionnement ne garantissait que les intérêts, alors que c'est le capital qui servait d'élément de détermination du terme. Il a donc été jugé que cette caution était tenue «de continuer le service de ces intérêts non seulement jusqu'à l'époque fixée pour l'exigibilité de la créance, mais encore jusqu'à ce que le paiement ait été réellement effectué» (4). Une ombre cependant subsiste quant à la certitude de la réalisation de cet événement.

Le même problème se retrouvait dans une espèce plus récente, compliqué du fait que la référence était faite à l'obligation garantie elle-même. La caution du solde d'un compte-courant à durée indéterminée s'était engagée «jusqu'à complet remboursement de l'engagement principal». La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir décelé dans cette formule un terme extinctif «déterminé par l'entière exécution de l'obligation de remboursement» (5).

Plusieurs chefs de critique peuvent être relevés contre cette décision. D'abord en retenant comme terme extinctif le compte-courant dont la clôture était à l'entière disposition du créancier, la Cour a ignoré la règle de l'indépendance de la détermination du terme par rapport aux parties (6). Ensuite et surtout elle a qualifié de terme un événement dont la certitude de réalisation est pour le moins douteuse. Rien n'est moins sûr que le «complet remboursement»

(1) Civ. 13 janvier 1965, Bull. civ. 1965, I, p. 24.

(2) Clause contenue dans la formule A.F.N.O.R. de cautionnement pour la garantie d'impositions contestées autres que les impôts directs (N.F. - K. 11-581-juillet 1966, p. 2).

(3) Orléans, 18 mai 1855, S. 1855, 2, 414.

(4) Orléans, 18 mai 1855, précité.

(5) Com. 18 juin 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 209, p. 189 ; D. 1973, Somm., p. 149. — Adde : les observations très critiques de Mr. P. SIMLER dans sa note sous cet arrêt : J.C.P. 1975, II, 18145 et de MMs M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : Rev. trim. dr. com. 1974, pp. 135 et 136.

(6) Cf. supra n° 265. — Sur cette critique, cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE, obs. précitées, et P. SIMLER, note précitée, I.B-1°).

du prêt, que «l'entière exécution de l'obligation», et c'est d'ailleurs cette incertitude qui justifie la prise d'un cautionnement (1). Enfin elle a méconnu la règle logique qui veut que le cautionnement d'une obligation principale dépourvue de terme extinctif ne puisse trouver dans cette obligation principale une limitation de sa durée (2).

A l'actif de la décision, il convient cependant de souligner l'équité cérébrine caractéristique dont elle est imprégnée. Le commentaire qui accompagne sa présentation dans le rapport de la Cour de cassation (3) éclaire les motivations profondes du juge (4). Outre le choix de cet arrêt pour illustrer le cautionnement et son évolution, c'est son contexte qui justifie l'attention qu'on doit lui accorder. L'espèce révèle qu'il s'agissait d'un cautionnement fourni par deux frères pour garantir les dettes de «leur» S.A.R.L. dont ils étaient les gérants. Ce qu'on ne leur a point pardonné, c'est d'avoir voulu «se dégager lorsque les affaires du débiteur garanti commencent à leur donner des inquiétudes» (5). Cette «tendance fâcheuse... des cautions» (6) doit être refrénée, fût-elle au détriment de la correction du raisonnement juridique. L'exemplarité de la solution se trouve paradoxalement renforcée par son imperfection, car celle-ci met en relief la sagesse profonde du juge, la victoire de la justice distributive et l'expression du désir populaire qu'elle renferme. Le terme extinctif n'a servi ici que de prétexte (7).

Il ne faut donc pas en conclure que la référence implicite à la durée de l'obligation principale présente pour la caution des dangers insoupçonnables. C'est dans la moralité de son attitude qu'elle trouvera son salut et non dans les clauses plus ou moins précises du contrat. Les contentieux apparus autour des références explicites au terme de l'obligation principale l'ont prouvé.

(1) Or la réalisation de l'évènement constitutif d'un terme doit être certaine : «pour qu'il y ait terme, il faut que la réalisation de l'évènement soit certaine, et même lorsque l'on emploie l'expression équivoque de terme «incertain» il n'est nullement fait exception à la certitude de la réalisation de l'évènement» (Y. LOUSSOUARN : Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 768, n° 13, in chron. de jurisp. dr. civil). C'est grâce à cette certitude que le terme se distingue de la condition.

(2) Cf. supra n° 264.

(3) Rapport de l'année judiciaire 1973-1974, La documentation française, Paris, 1975, p. 65, Section 3 du chapitre VI - 1^{re} espèce.

(4) L'arrêt, rendu sur le rapport de Mr. le Conseiller J. PORTEMER, tranche une situation de fait vivement et justement stigmatisée en d'autres occasions par cet auteur, qui relève pertinemment que «les résistances des cautions tendent très fréquemment à cacher sous une chicane sans consistance une volonté déterminée de méconnaître... le principe du respect de la parole donnée» (*Quelques réflexions sur le cautionnement dans la pratique commerciale française contemporaine*, Mélanges P. ANDRIEU-GUITRANCOURT, L'année canonique, t. 17, 1973, Paris, Faculté de droit canonique, pp. 797 à 804, spécialement p. 801 et p. 798.).

(5) Rapport précité, ibidem.

(6) Ibidem.

(7) Par ce biais, il a contribué à l'accomplissement de la mission plus étayée et générale que les plus hauts magistrats de France assignent à la Cour de cassation : «contribuer à l'adaptation de la jurisprudence aux problèmes de civilisation de notre temps» (Rapport précité, Conclusion, p. 93, précédant la signature d'A. TOUFFAIT et de M. AYDALOT).

b) Détermination expresse d'un terme explicite

273. — **Utilité mais rareté.** C'est en cette matière que la volonté individuelle intervient le plus intensément et pourtant son rôle est bien réduit. Alors que les effets salvateurs et protecteurs du terme sont évidents, rares sont les cautionnements qui en contiennent stipulation. Certes seuls les cautionnements réellement successifs nécessitent un terme ; mais au sein de ceux-ci, la volonté n'intervient que trop rarement pour le prévoir.

La tendance en cas de cautionnement de dettes futures est de laisser une telle garantie à durée indéterminée. Les parties ont ainsi l'impression de ménager leur liberté, puisqu'elles se réservent la possibilité de sortir du contrat à tout instant. En réalité les inconvénients d'une indétermination de la durée dépassent ses avantages. Deux défauts principaux apparaissent qui conduisent à donner la préférence à un cautionnement dont la durée soit déterminée.

D'une part la valeur des engagements de longue durée devient incertaine (1) : la caution peut s'endetter, son patrimoine s'étioler, la sûreté s'amenuiser avec le temps faute d'avoir été surveillée. La fausse impression de sécurité qu'elle donnera sera plus dangereuse que l'absence totale de sûreté.

D'autre part le voile que le temps jette sur les souvenirs recouvre aussi les engagements poussiéreux. Tant le créancier, engoncé dans sa confiance, que la caution peu à peu libérée par l'oubli, seront surpris lorsque l'exécution du cautionnement sera enfin sollicitée. «L'homme est ainsi fait, bornant le plus souvent sa vue par défaut de réflexion, de pénétration, laissant plutôt ses désirs dans une forme de protoplasma imprécis...» (2) que sa prévision de l'avenir n'égale en approximation que l'imperfection de sa mémoire. «Il convient de se méfier des cautions trop anciennes, qui courent le risque d'être valablement discutables, soit du fait d'une interruption de crédits, soit du désintéressement manifeste d'une caution pour l'affaire cautionnée depuis de nombreuses années» (3).

Un retour fréquent à la source de l'engagement, une redécouverte périodique de ses nuances et de son contenu développent la vraie sécurité. La présence d'un terme exprès et explicite pourvoit à cette nécessité en forçant au renouvellement. Le choix de sa longueur est cependant délicat, et variable suivant que le terme du cautionnement est indépendant de celui de l'obligation principale (1°) ou qu'il lui est ajusté (2°).

(1) Lorsque «l'échéance de la dette est éloignée, ou absente, étant donné la liberté de manœuvre qui est laissée aux débiteurs de continuer à s'engager..., la garantie positive offerte par l'adjonction du patrimoine des coobligés pourra devenir de plus en plus illusoire». R. LE BALLE : *Cours de droit civil*, 3^e année de licence, 1964-1965, Paris, Les cours de droit, pp. 545 in fine et 546.

(2) R. DEMOGUE : *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 92 in fine et 93.

(3) J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed°, Mise à jour par J.P. PATY, Paris, Dalloz, 1976, n° 294, p. 236, note 1.

1° — *Terme explicite dépendant de l'obligation principale*

274. — **Mesure de la durée utile.** Le terme explicite indépendant de l'obligation principale présente tous les avantages d'une saine réflexion des parties. Son existence même prouve l'attention qu'elles ont portée au problème de la durée ; son indépendance établit la fonction propre du cautionnement. En pratique le terme est aussi bien antérieur que postérieur à celui de l'obligation principale.

Un terme extinctif antérieur peut a priori paraître curieux puisqu'il laisse en cours d'obligation principale le créancier démuné de sûreté. En réalité il établit au contraire l'adéquation exacte de la sûreté aux besoins du créancier. Ainsi par exemple seule une période critique pour l'entreprise fera l'objet d'une garantie à l'égard de la banque qui a ouvert un crédit plus long. Il peut également établir le désir de la caution de ne rien promettre au delà d'un avenir prévisible. Ceci s'applique notamment aux cautionnements de comptes-courants accordés par les cautions prudentes pour une durée de deux à cinq ans, quitte à renouveler leur engagement à l'échéance (1). Cette sagesse n'a que des avantages et l'on a fort bien remarqué que « le contrat long incite à la stagnation alors que le contrat à court terme caractérise une économie dynamique » (2).

Plus souvent cependant le cautionnement est stipulé d'une durée supérieure à l'obligation principale. L'hypothèse se rencontre surtout lorsque l'obligation garantie est à échéance brève et se renouvelle périodiquement. C'est le cas par exemple des dettes de droits sur les alcools que les entreprises contractent à chaque opération taxable ; la Régie accorde contre cautionnement un crédit de liquidation des droits : au lieu d'être exigibles à chaque opération, ils sont exigibles seulement en fin de mois ; en outre ce crédit de liquidation est la plupart du temps accompagné d'un crédit des droits eux-mêmes, qui permet au débiteur de ne payer les droits qu'un ou plusieurs mois après leur liquidation (quatre au maximum), donc de ne payer que lorsque lui-même aura perçu le prix de vente des marchandises taxées. Les mêmes crédits et délais sont accordés par l'Administration des Douanes, pour la liquidation et le paiement des droits d'enlèvement. Proche de ces crédits se situe le crédit de paiement des taxes sur le chiffre d'affaires, parmi lesquelles surtout la taxe à la valeur ajoutée ; le paiement sera effectué par des lettres de change à échéance maximale

(1) La plupart des formulaires bancaires contiennent une clause prévoyant une limitation en montant et une limitation en durée des cautionnements généraux, de dirigeants de sociétés par exemple. Malheureusement ces clauses sont trop souvent laissées vierges lors de la signature du contrat.

(2) J. AZEMA : *La durée des contrats successifs*, Thèse Lyon, 1968, Paris, L.G.D.J., 1969 (Bibl. dr. privé, t. 102, préface R. NERSON). n° 13, p. 9.

de quatre mois qui doivent nécessairement être garanties par un cautionnement. Plutôt que d'apposer l'aval sur chaque traite, un cautionnement général est constitué en faveur de l'Administration (1).

Dans le règlement n° 3751 du 10 décembre 1973, qui constitue, dit la Direction Générale des Impôts, un «véritable code du cautionnement» (2) fiscal, plus prosaïquement les conditions générales des cautionnements fiscaux (3), la durée du cautionnement garantissant de telles obligations principales «s'applique à l'année civile et est renouvelable d'année en année par tacite reconduction» (4). Le terme extinctif du cautionnement est donc le 31 décembre de chaque année, alors que le terme extinctif des obligations principales garanties est variable et au plus antérieur de huit mois à celui du cautionnement.

Il est à remarquer que de telles clauses de détermination expresses et explicites d'un terme propre au cautionnement clarifient très nettement la situation de la caution. Fort souvent d'ailleurs, de tels contrats comportent des clauses annexes aménageant la durée du cautionnement pour telle ou telle hypothèse (5). L'absence totale de litiges sur ces questions qui recèlent pourtant

(1) Pour une étude détaillée de tous ces crédits cautionnés de droits fiscaux ou douaniers, cf. : J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution : Le rôle des banques et des établissements financiers*, Thèse, Lille, 1963, Paris, Sirey, 1964 (Bibl. dr. commercial, t. 9, Réf. M. VASSEUR ; parue sous le titre : *Le cautionnement bancaire*) : spécialement pp. 29 à 107 ; *J. Cl. commercial*, annexes, Banque et bourse, fasc. 34, 1^{er} cahier. Le domaine du cautionnement (1965). — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 2^e ed°, 1975, n° 313, pp. 377 et 378. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, Paris, P.U.F. (Thémis), 1974, n° 505, pp. 679 et 680. — J. FER-RONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed°, mise à jour par J.P. PATY, Paris, Dalloz, 1976, n° 406 à 423, pp. 316 à 333.

(2) Instruction de la D.G.I. n° 12-A-17-73 du 10 décembre 1973, B.O.D.G.I., n° 217 du 10 décembre 1973, p. 47. Cette instruction contient un commentaire du règlement. Le texte de ce règlement n° 3751 datant du 10 décembre 1973, long de 35 articles, est seul remis aux cautions qui s'engagent envers l'administration. Il constitue ainsi le contrat de cautionnement le plus complet qu'il nous ait été donné de voir.

(3) Au sens retenu par Mr. A. SEUBE, de «clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire» : *Les conditions générales des contrats*, Mélanges A. JAUFRET, 1974, pp. 621 à 633, spécialement pp. 622 in fine et 623. Comp. la définition donnée par Mr. J. CARBONNIER : *Droit civil*, t. 4, 8^e ed°, 1975, n° 17, p. 64.

(4) Règlement du cautionnement n° 3751 du 10 décembre 1973 (B.O.D.G.I., 12-A. 17-73, annexe 1) art. 22-1° p. 80 (ou p. 4 in fine du tirage à part destiné aux cautions). Cette formule est ainsi interprétée par l'instruction précitée (n° 55, p. 62) : «L'engagement de la caution s'applique à toute la durée de l'année civile au titre de laquelle il a été consenti, étant précisé que dans l'hypothèse où la date de souscription est postérieure au 1^{er} janvier de ladite année son terme est fixé au 31 décembre suivant».

(5) Les alinéas 2 et 3 de l'art. 22 du règlement précité contiennent des dispositions en ce sens. — Ajoute également, sur la formule AFNOR de soumission cautionnée de crédit d'enlèvement (N.F.K. 11-577-6) la précision apportée par une longue note insérée à la suite de la clause prévoyant la durée de l'obligation garantie (note 10, p. 2).

de nombreux pièges et la satisfaction avouée des praticiens en cette matière font la preuve de l'utilité d'une telle précaution.

Le contraste est frappant avec les difficultés que soulèvent les clauses déterminant le terme du cautionnement par référence au terme suspensif de l'obligation principale.

2° — *Terme explicite dépendant de l'obligation principale*

275. — Obligation à exécution instantanée. Le terme explicite dépendant de l'obligation principale ne présente aucun problème de choix de la durée de l'engagement : la référence à l'obligation principale emporte la décision. En revanche il pose un problème d'interprétation du sens que les parties ont voulu donner au terme extinctif du cautionnement lorsqu'elles ont ajusté ce terme à la date d'exigibilité de l'obligation principale (1). Que vaut le cautionnement d'une obligation principale dont le terme suspensif échoit le 31 décembre s'il prend lui-même fin à cette même date ? « Dans quelle mesure les parties peuvent-elles vouloir que l'élément dépendant soit soumis au même régime que l'élément principal » (2) et comment faut-il comprendre cette référence expresse ? Le problème doit être envisagé différemment suivant que l'obligation principale est ou non à exécution successive.

Lorsque l'obligation principale n'est pas réellement à exécution successive mais qu'elle est affectée d'un terme suspensif (3), la caution a parfois invoqué la référence expresse faite dans son engagement à ce terme pour se libérer. Aussi excessif que cela paraisse, elle n'a pas hésité à soutenir que la date ainsi visée était celle à laquelle elle devait être totalement libérée si le créancier n'avait pas engagé des poursuites à son encontre auparavant. La contradiction de son argumentation qui postulait l'exercice de poursuites judiciaires sur la base d'une créance non encore exigible ne la retenait pas et à plusieurs reprises des juridictions du fond (4) ou même la Cour de cassation (5) ont

(1) Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où la référence faite au terme de l'obligation principale est une référence explicite ; ceci écarte la possibilité d'une interprétation divinatoire d'une clause, comme celle à laquelle s'est livrée la Cour de cassation dans un arrêt du 18 juin 1973, précité et analysé supra n° 273.

(2) F. TERRE : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, 1956, Paris, L.G.D.J., 1956 (Bibl. dr. privé, t. 2, préf. R. LE BALLE), n° 423, p. 345.

(3) En pratique il s'agira du cautionnement d'une opération isolée, déjà née ou expressément déterminée ; que son terme suspensif soit unique ou multiple (remboursement à tempéraments) ne modifie en rien le problème.

(4) Besançon 6 juillet 1928, D.H. 1928, pp. 584 à 586. — Rapp. Paris 2 juillet 1910, D. 1912, 2, 56.

(5) Com. 22 janvier 1963, Bull. civ. 1963, III, n° 43, p. 53. Dans un aval, le donneur d'aval avait repris, avant sa signature, la formule « au 15 mai 1957 » constatant la date d'échéance de l'effet. La Cour approuve le juge d'appel d'avoir analysé cette mention comme « un simple rappel de la seule échéance figurant sur le document qui concerne le prêt, et non pas les engagements de la caution ».

dû écarter de telles prétentions. La Cour de Besançon a fort justement relevé «que décider autrement serait rendre illusoire la garantie donnée par les cautions dont les engagements prendraient fin au moment précis où les créanciers pourraient agir contre elle» (1) (2). L'absence même de caractère successif de l'exécution des engagements, tant principal qu'accessoire, impliquait une telle position. Il ne peut y avoir terme que s'il y a exécution successive.

276. — Obligation à exécution successive. La seconde situation, qui met en jeu une obligation principale à exécution successive, est pour cette raison plus délicate à résoudre. Deux aspects du problème sont à envisager séparément.

Lorsqu'un terme indéniablement extinctif a été affecté au cautionnement, comme par exemple la mention d'une date d'expiration du cautionnement d'un compte-courant, quels sont les effets de ce terme ? Dans l'absolu la réponse est aisée : le terme extinctif entraîne simplement un arrêt de la couverture des dettes contractées par le débiteur ; toutes dettes nées postérieurement à son échéance n'entrent pas dans les sommes garanties par la caution.

Toutefois chaque cas concret peut apporter une précision capable d'en modifier la portée. C'est ce que soutenaient les cautions dans plusieurs espèces soumises à la justice (3). Invoquant la stipulation d'une date précise d'expiration de la validité du cautionnement, les cautions l'interprétaient comme étant la date de leur complète libération, ce qui aurait imposé au créancier de les poursuivre avant cette date. Fort justement, les juridictions saisies ont interprété une telle clause selon le sens commun et lui ont conféré seulement les effets du terme extinctif (4).

Même en application de ces effets normaux du terme, le phénomène se complique lorsque la date de survenance du terme extinctif est fortuitement la même que la date d'exigibilité d'une dette parmi d'autres. Ce problème, précédemment envisagé pour une opération unique, avait été résolu par l'application d'un raisonnement de bon sens (5). Ici l'argument reposant sur la

(1) Besançon 6 juillet 1928, précité, spécialement p. 585, 1^{er} col. La juridiction d'appel fait ainsi, sans le préciser, une saine application de l'art. 1161 C. civ. : «toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, *en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier*».

(2) Pour conserver un sens à la stipulation de cette date, et respecter ainsi l'art. 1157 C. civ., il est possible d'y voir une manifestation de l'intention de la caution de ne pas rester engagée en cas de prorogation de cette échéance. Si elle insiste sur l'échéance c'est non pour en faire sa date de libération, mais pour insister sur l'importance qu'elle y attache et interdire au créancier toute modification ou report de l'exigibilité.

(3) Com. 16 juillet 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 244, p. 221 ; Banque 1974, pp. 246 à 429, obs. L.M. MARTIN. — Paris 28 novembre 1974, J.C.P. 1976, II, 18263, note approbatrice P. SIMLER ; Gaz. Pal. 1975, 2, p. 626, note A. PLANCQUEEL (pp. 627 et 628). — Com. 17 octobre 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 227, pp. 193-194.

(4) Adde : dans le même sens : Cass. belg. 21 décembre 1962. Pasirisie 1963, I, 496 ; sommaire reproduit par P. DELAHAYE : *Répertoire décennal de la jurisprudence belge*, 1956 à 1965, Bruxelles, 1967, Bruylant, t. 2., V^o cautionnement, n° 23, p. 63.

(5) Cf. supra n° 275, l'argumentation de la Cour de Besançon.

nécessité de préserver l'efficacité du cautionnement ne peut être retenu, d'une part puisqu'il s'agit vraiment d'un terme extinctif clôturant un contrat successif et d'autre part parce que le cautionnement révélera tout de même ses mérites à l'égard des autres dettes antérieures du même débiteur (1). C'est donc uniquement en fonction des circonstances et de la stipulation de l'acte que le juge se décidera (2). Le cautionnement garantira donc suivant les cas soit les dettes nées (ou plus précisément contractées) avant le terme, soit simplement les dettes échues avant cette date. C'est en faveur de cette dernière solution que se sont prononcées deux décisions (3), non sans soulever quelques critiques (4).

Le sens ainsi donné au terme extinctif est à mi-chemin de la dernière position que prennent certains ; le terme serait selon eux la date ultime d'engagement de la caution, le jour où la libération totale des liens de droit lui permettrait de ne rien devoir si elle n'a pas été poursuivie auparavant (5).

(1) Les cautionnements ne garantissant qu'une opération déterminée sont donc en ce sens plus avantageux. Nous souhaitons que cette constatation fasse réfléchir les banques et ceux qui leur conseillent d'exiger systématiquement des cautionnements généraux irraisonnés, par ex. : J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, précité, 1976, n° 266, p. 212).

(2) En ce sens : L.M. MARTIN : obs. précitées, sous Com. 16 juillet 1973, Banque 1974, pp. 426 à 429, spécialement p. 428, 1^{er} col.

(3) Com. 15 novembre 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 572, p. 514 ; D. 1966, Somm., p. 57 (alors que le cautionnement était «valable jusqu'au 15 mai 1960», la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a jugé qu'une lettre de change exigible ce même jour n'était pas couverte par le cautionnement). — Paris : 28 novembre 1974, précité. La solution donnée par cet arrêt à ce problème se trouve uniquement dans ses motifs, la Cour considérant que «cette condition, relative à la date d'échéance de la dette, est la seule qui se déduise avec certitude de la clause», prévoyant l'extinction du cautionnement à une date précise.

(4) L'arrêt du 15 novembre 1965 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est critiqué en ce qu'il qualifie de souveraine une interprétation tendancieuse des juges du fond (P. SIMLER, note au J.C.P. 1976, II, 18263, précitée sous Paris 28 novembre 1975, spécialement A in fine de la note (p. 2, 1^{er} col.)). — L'arrêt de la Cour d'appel de Paris mérite la critique à un autre point de vue. Empêtrée dans un raisonnement faussé au départ, la Cour n'a dû qu'à une erreur d'aboutir à la solution visée. Le cautionnement du compte-courant expirait le 1^{er} mars 1971 ; le débiteur principal fut déclaré en liquidation des biens le 12 mars 1971, soit quelques jours après. La Cour ayant décidé que le cautionnement ne couvrait que les dettes *échues* avant son terme, elle eut logiquement dû excepter le solde débiteur des sommes garanties. En effet l'exigibilité du solde définitif, seul garanti aux dires de la Cour, n'apparaissait qu'avec la clôture du compte. Pour se tirer de ce mauvais pas, elle a avancé à la date de la cessation des paiements la clôture du compte. Une telle solution est critiquable à un double point de vue : d'une part la modification de l'état du débiteur (assistance ou dessaisissement) qui justifie la clôture n'apparaît qu'à compter du jugement déclaratif ; d'autre part les opérations effectuées pendant la période suspecte sont a priori valables, sauf à être écartées par un jugement d'«inopposabilité».

(3) Cf. : A. MARGOT : *Le cautionnement du compte de crédit*, Dissertation, Lausanne, 1930, p. 102.

277. — **Terme et prescription abrégée.** C'est ici le second aspect du problème. Le terme extinctif peut-il marquer la fin d'une période au bout de laquelle le créancier n'a plus le droit de poursuivre la caution ? Bien que la question de la nature juridique d'une telle mesure n'ait pas été abordée par les décisions qui ont retenu cette solution (1), elle mérite attention. A notre avis une clause visant à interdire au créancier toute action contre la caution passé une certaine date doit s'analyser en une prescription abrégée et non en un terme. Aucune des caractéristiques du terme ne s'y retrouve ; en revanche celles de la prescription s'y aperçoivent, puisqu'une telle disposition doit être regardée comme la sanction d'une inaction prolongée. Simplement le délai de cette inaction est fortement abrégé (2).

De telles clauses non qualifiées par les parties, existent en pratique. Elles sont souvent explicites et ne laissent pas place à l'interprétation (3). Parfois en revanche c'est au contexte de l'acte qu'il faut demander éclaircissement (4). Mais le risque de l'excès est toujours présent car la recherche des intentions

(1) Civ. 13 mai 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, 278. — Civ. 15 novembre 1965, précité, solution implicite. — Adde : Civ. 7 octobre 1975, Bull. civ. 1975, I, n° 256, p. 216 ; Banque 1976, pp. 677 à 679, obs. L.M. MARTIN ; qui casse un arrêt inédit de la Cour d'appel de Toulouse qui avait opté pour l'obligation de poursuivre avant le terme.

(2) Ceci ne saurait faire obstacle à la validité d'une telle clause, sauf si elle aboutissait à supprimer toute possibilité matérielle d'agir : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT, t. 7, 2^e edⁿ, n° 1349, p. 762.

(3) La clause insérée dans le formulaire de cautionnement fourni par le Crédit commercial de France lorsqu'il s'engage en qualité de caution est un modèle du genre : « nous nous engageons à payer la somme de... ci-dessus sur lettre recommandée reçue avant le... et nous demandant l'exécution de la caution. Si à cette date nous n'avons pas reçu de vous [le créancier] une lettre recommandée nous demandant l'exécution de la présente caution, celle-ci sera considérée comme périmée et nous nous en trouverons définitivement déchargés ». — Adde pour une clause différente mais aussi claire prévoyant que la caution réelle serait libérée à défaut de commandement de payer signifié avant une certaine date : Civ. 3, 22 juin 1976, J.C.P. 1976, IV, p. 274. V^o Caution-Cautionnement ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Chron. dr. bancaire, J.C.P. 1978, I, 2902, n° 90.

(4) Ainsi dans l'espèce tranchée par la chambre civile de la Cour de cassation le 13 mai 1936 (précitée), le cautionnement stipulait que « la garantie cesserait de plein droit 6 mois après la cession par les associés de leur commerce ou la cessation de leur exploitation ». La Cour d'appel l'interpréta comme une prescription empêchant les poursuites ultérieures. La Cour de cassation cassa pour défaut de réponse à conclusion. Eu égard au crédit mesuré qu'il faut accorder à un tel motif de cassation (J. VOULET : *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, J.C.P. 1970, I, 2305, n° 22), nous pensons que l'interprétation des juges du fond doit être conservée.

présumées conduit lorsqu'elle est menée trop avant, à dénaturer des clauses ayant d'autres finalités (1).

Tout comme il n'est guère souhaitable d'extirper des stipulations du cautionnement une volonté pour le moins incertaine, il n'est pas bon au plan législatif d'enfermer le créancier dans une prescription spéciale de très brève durée. C'est pourtant ce qu'ont fait de nombreux pays étrangers, tels l'Italie (2), la Suisse (3) ou l'Allemagne (4). Les renonciations systématiques à ces réglementations que l'on rencontre surtout en Italie (5) prouvent leur inopportunité, sauf à vouloir protéger la caution au-delà de ses légitimes espoirs. Une telle

(1) Voulant trop bien faire, la Cour de Toulouse dans son arrêt cassé par Civ.7, octobre 1975 (précité), et à sa suite Mr. L.M. MARTIN (obs. précitées, sous l'arrêt de cassation) ont vu dans la clause interdisant au créancier toute prorogation du terme suspensif (étudiée supra n° 246 à 250) une volonté manifeste de limiter la durée du cautionnement et donc de lui fixer une prescription abrégée. La Cour de cassation a reproché à cette analyse de dénaturer le sens de cette clause et nous ne saurions que l'en approuver. — Dans une autre espèce, elle a au contraire commis la confusion reprochée : le cautionnement hypothécaire prévoyait « qu'en cas de prorogation de délai consentie aux débiteurs, il ne serait valable que pour trois ans, c'est-à-dire jusqu'au 23 mars 1969 ». La Cour (Civ.3, 22 juin 1976, Bull. civ. 1976, III, n° 276, pp. 212-213 ; D. 1976, I.R., p. 266, V° Cautionnement ; J.C.P. 1976, IV, p. 274, eod. verbo ; Rep. Defrénois 1977, p. 447 obs. J.L. AUBERT. C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; chron. dr. bancaire, J.C.P. 1978, I, 2902, n° 90) qualifie cette date de terme extinctif et lui confère le pouvoir libératoire d'une prescription puisqu'elle libère totalement les cautions. Si le résultat est concevable en raison des termes du contrat, la qualification ne l'est pas.

(2) Le Code civil prévoit, dans son art. 1957, deux situations :

— Lorsque le cautionnement ne comporte aucune mention relative à sa durée, le créancier dispose d'un délai de 6 mois après l'échéance pour poursuivre le débiteur s'il désire conserver sa sûreté personnelle (alinéa 1).

— Lorsque « la caution a expressément limité son engagement à la même échéance que l'obligation principale », le délai n'est plus que de 2 mois (alinéas 2 et 3).

Cf. pour son application aux seuls cautionnements pourvus d'un terme même implicite : Cass. it. 4 octobre 1968, n° 3117, Rép. Foro. it. 1968, Voce Fideiussione, n° 38. — Cass. it. 13 novembre 1969, n° 3702, Banco, borsa et tit. cred. 1971, II, pp. 48 et 49. — Ce texte ne va d'ailleurs pas sans difficultés d'application et d'interprétation. Cf. : M. FRAGALI : *Ancora sul comportamento omissivo del creditore verso il debitore garantito* (encore sur le cautionnement passif du créancier envers le débiteur cautionné) ; Banca, borsa e titoli di credito, 1971, I, pp. 161 à 172. — F. GIRINO : *Fideiussione et scadenza dell'obbligazione principale*, Rivista di diritto civile, 1971, pp. 544 à 576 (et Mélanges Alberto Auricchio) (cautionnement et échéance de l'obligation principale).

(3) Selon l'article 510, al. 3 du Code fédéral des obligations, le créancier ne dispose que de 4 semaines pour engager les opérations de recouvrement de sa créance.

(4) Le B.G.B., § 777, libère la caution le jour même du terme extinctif du cautionnement « à moins que le créancier ne procède, sans délais... au recouvrement de la créance..., poursuive la procédure sans retard notable et avise la caution aussitôt après la clôture de la procédure qu'il va la mettre en cause ». Ceci ne concerne que la caution simple ; la caution solidaire doit, dans le même laps de temps, être simplement avisée de ses intentions par le créancier.

(5) MAX PLANCK INSTITUT : *Etude sur le cautionnement dans le droit des états membres des communautés européennes*, Hambourg, 1969, n° 88, p. 96.

règle ne s'impose donc absolument pas (1) et une généralisation envisagée dans le cadre d'une unification du droit européen (2) ne nous apparaît pas souhaitable.

La pratique qui consiste à faire référence explicitement au terme suspensif de l'obligation principale est donc génératrice de difficultés en raison de son imprécision. La clarté, en ce domaine plus encore qu'ailleurs, est souhaitable (3) et la distinction entre terme extinctif et prescription extinctive est impérative. «En l'absence de volonté certaine et non équivoque, le terme unique prévu au contrat ne paraît pas pouvoir revêtir les deux significations à la fois» (4).

278. — **Conclusion.** Cette place que la volonté individuelle est amenée à tenir dans la durée du cautionnement est d'importance croissante. Les premières difficultés envisagées, nées de la modification de la durée en l'absence d'un terme extinctif, étaient dues à une carence de cette volonté lors de la conclusion du contrat ; puis cette volonté, sans aller jusqu'à fixer un terme au cautionnement, a limité par une stipulation expresse les possibilités de prorogation d'échéance. Cet embryon de contrainte préfigure le rôle que peut tenir la volonté en matière de durée. Sa puissance augmente avec la détermination du terme extinctif ; encore faible dans la détermination tacite, elle s'épanouit dans la détermination expresse, pour arriver à des stipulations d'une efficacité parfaite. Ce tableau en quatre tons révèle combien la dissolution est tributaire d'une volonté préétablie.

Riche de nombreux enseignements, la notion de terme nous a également permis d'entrevoir les fissures qui apparaissent entre diverses catégories de cautionnements inspirés et gouvernés par des motivations différentes. Ces clivages sont dus à la prise en considération de la personne de la caution et à ce titre feront l'objet d'un examen plus approfondi lors de l'appréhension des problèmes que soulève cette position (5).

Au regard de la satisfaction du créancier, le terme est d'une neutralité certaine. Il joue indépendamment de tout règlement et sa détermination lors de la conclusion du contrat lui donne une rigidité qui exclut tout rapprochement avec la satisfaction.

Cette raison, jointe à d'autres, conduit souvent les parties à ne pas stipuler de terme. L'obligation de couverture des cautionnements de dettes futures est alors à durée indéterminée et comme telle susceptible de résiliation unilatérale.

(1) Comp. par exemple les difficultés et les iniquités que soulève la limitation conventionnelle des garanties différées en matière d'assurances de responsabilité professionnelle. «On appelle garantie différée ou subséquente celle qui subsiste après l'expiration du contrat et qui couvre les réclamations postérieures à cette expiration, pour des faits générateurs commis pendant la période de validité de la police» mais révélés postérieurement (J. BIGOT : Note au J.C.P. 1975, II, 18086 sous Civ. 28 octobre 1974, qui tranche un de ces problèmes).

(2) Les propositions rédigées par le MAX PLANCK INSTITUT à la demande de la Commission des communautés européennes sont en ce sens. Elles servent de base aux travaux de la Direction générale du marché intérieur et du rapprochement des législations de cette même Commission qui élabore actuellement un programme d'harmonisation du droit européen en matière de cautionnement (Cf. art. 5 des propositions, Etude précitée, p. 185).

(3) ... Et souhaitée : L.M. MARTIN : obs. à la revue Banque 1976, pp. 677 à 679, précitées sous Civ. 7 octobre 1975 ; P. SIMLER : note au J.C.P. 1976, II, 18263 précitée sous Paris 28 novembre 1975.

(4) P. SIMLER : note précitée, in fine.

(5) Cf. infra, 2^e partie, n° 337 à 346.

CHAPITRE II

LA RESILIATION UNILATERALE

279. — **Notion de résiliation.** La rupture du cautionnement par une seule partie soulève dès l'abord une réaction d'hostilité. En permettant à une partie de s'échapper du contrat, et surtout d'un contrat constitutif de sûreté, la résiliation unilatérale ouvre une faille dans la protection que le cautionnement devrait apporter.

Le droit à la résiliation unilatérale est le fruit de la reconnaissance par les révolutionnaires de la liberté comme valeur fondamentale. La notion de liberté implique en effet, dans la philosophie des XVIII^e et XIX^e siècles, l'interdiction de s'engager perpétuellement. Il faut «faire place au devenir social en interdisant un acte qui, en donnant la sécurité, serait trop rigide» (1). Plusieurs méthodes permettent ainsi de réserver l'avenir, de préserver cette «forme de liberté négative» (2). La résiliation est du nombre (3) et elle fournit à ses bénéficiaires une forte dose de sécurité dynamique en les assurant de la possibilité de s'évader d'un contrat trop contraignant. La résolution est en ce sens une

(1) R. DEMOGUE : *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 154 in principio (La liberté).

(2) R. DEMOGUE : op. et loc. cit.

(3) Comptent également la modification (des statuts d'une société, des fondations...) et le rachat (art. 530, 1911, C. civ.) ; «voilà donc trois modes pour atténuer les luttes de la liberté contre elle-même, de l'intérêt présent contre l'intérêt futur, de la sécurité et du devenir social. Comme toutes conciliations, elles sont imparfaites, elles ne donnent ni une sécurité complète, ni une liberté complète» : R. DEMOGUE, op. cit., p. 154 in fine et p. 155.

technique d'adaptation du contrat à l'évolution de la situation : c'est un remède à l'imprévision (1).

Envisagée ainsi, la résiliation se classe parmi les «décisions accessoires requises pour le fonctionnement d'institutions principales» (2) (ici le contrat) au même titre que le congé d'un bail ou la révocation d'un mandat. Cette pièce du mécanisme contractuel est à la portée de chacune des parties au cautionnement et le créancier comme la caution peuvent y recourir. L'utilisation par la caution se justifie d'elle-même, puisque c'est sur celle-ci que pèse tout le poids de l'engagement. L'utilisation par le créancier d'une faculté de résiliation sur laquelle il n'oublie pas d'insister (3) ne peut s'expliquer que par le désir exacerbé de se ménager une liberté maximale.

Un des éléments de cette liberté est contenu dans la règle générale qui veut que l'on ne puisse enrichir quelqu'un (et ainsi l'obliger moralement) (4), qu'avec son accord. Le créancier peut refuser le bénéfice d'un cautionnement de la même façon qu'il est permis au déposant de retirer l'objet du dépôt à tout instant (article 1944 C. civ.) pour mettre fin à la bienveillance du dépositaire (5). La règle est cependant suspendue en cas d'intérêt commun des deux parties à la poursuite du contrat jusqu'à son terme.

Un autre élément de la sécurité du créancier est, comme pour la caution, la faculté d'éviter un lien perpétuel qui l'attacherait à son garant lorsque le cautionnement est dépourvu de terme.

A travers les différentes composantes de la résiliation affleurent ses caractères, qu'il convient de récapituler avant d'étudier ses particularités.

(1) Cf. en ce sens : G. BRIERE de L'ISLE : *De la notion de contrat successif*, D. 1957, pp. 153 à 156, spécialement : II, p. 155, 2^e col. in fine et p. 156 in principio.

(2) J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed^o, n^o 6, p. 28 ; a) les actes unilatéraux reconnus par la loi ; 3^o : les décisions accessoires....

(3) Le règlement n^o 3751 de la Direction Générale des impôts (art. 32) et les formules AFNOR : NF-K 11-577 concernant les cautionnements fiscaux précisent très nettement que «la Direction Générale des impôts aura, à toute époque et sans qu'elle soit tenue à aucune formalité, la faculté de rejeter la caution admise...» — En revanche les banques n'insèrent pas de clause de ce type, soit que la stipulation concernant la résiliation soit suffisamment générale pour leur profiter (formulaire Banque WORMS), soit qu'elles estiment pouvoir mettre fin unilatéralement à un contrat dont elles sont l'unique bénéficiaire. — La différence peut se justifier par la qualité des cautions respectives. Alors que la caution s'engageant envers la banque est généralement un simple particulier effectuant un acte de pure complaisance, la caution qu'exige le fisc sera toujours une caution professionnelle. L'intérêt différent que chaque caution porte à son engagement justifie que l'administration fiscale ne puisse rompre le contrat qu'en vertu d'une clause, inutile dans le cautionnement dont bénéficie la banque.

(4) Le mécanisme du potlatch, qui n'a été exposé par M. MAUSS qu'en 1923 (*Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, année sociologique 1923-1924), permet d'expliquer un principe depuis longtemps ressenti comme nécessaire.

(5) Sur cette restitution du dépôt et son régime dans le cadre de la durée, cf. J. AZEMA : *La durée des contrats successifs*, Thèse précitée, n^o 267, pp. 202 et 203.

280. — **Caractères : acte juridique, abstrait, unilatéral.** Les caractères de la résiliation s'engrènent sans soulever de difficultés majeures.

1) — Le premier caractère qu'elle présente est d'être un *acte juridique*. En effet la volonté intervient non seulement pour déclencher mais aussi pour organiser la résiliation. Son intervention est nécessaire à l'existence de ses effets extinctifs. En cela la résiliation, comme tout acte de rupture, se distingue de la seule inexécution du contrat qui est un fait. La volonté de rompre est un élément constitutif de la résiliation (1) et elle lui confère une portée toute différente du simple fait d'inexécuter son engagement.

2) — La résiliation se présente également comme un *acte abstrait*, détaché de sa cause. La partie qui résilie n'a pas à justifier des raisons qui la poussent à agir ainsi, dans la mesure toutefois où elle demeure dans le cadre de l'exercice normal de son droit (2). Le droit de résilier unilatéralement, s'il est abstrait, n'est pas discrétionnaire (3) et l'abus peut en être sanctionné. En ce que la motivation est inutile, la résiliation unilatérale se distingue de la résiliation entendue comme l'aménagement temporel de la résolution pour inexécution (article 1184 C. civ.). Les deux notions, confondues sous un vocable identique, sont en réalité totalement différentes et n'ont comme point commun que d'être des événements extinctifs.

3) — Acte juridique, la résiliation est surtout un *acte unilatéral* (4). Animée par une seule volonté, elle se suffit de celle-ci pour développer tous ses effets extinctifs (5). Elle se distingue ainsi de la révocation bilatérale d'un contrat. Cependant le *contrarius consensus* auquel l'article 1134 alinéa 2 C. civ. reconnaît la puissance de détruire la loi contractuelle prend parfois en pratique des aspects d'acte unilatéral : lorsque la déclaration de l'un confortée par

(1) Sur ce point, cf. : B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris, 1973, Dactyl., n° I-22 à I-35, pp. 29 à 44.

(2) B. HOUIN : Thèse précitée, n° I-30 et suiv., pp. 39 et suiv.

(3) Contra : A. ROUAST : *Droits discrétionnaires et droits contrôlés*, Rev. trim. dr. civ. 1944, pp. 1 et suiv., qui estime qu'en dehors des hypothèses où la loi a expressément prévu le contrôle des motifs de la rupture (contrat de travail, certains baux, société à durée illimitée, mandat interrompu par le mandataire) le droit de rupture unilatérale est discrétionnaire. Mme B. HOUIN pense au contraire que le principe doit être inversé et qu'aujourd'hui « le droit de rupture unilatérale est un droit contrôlé, il n'est qu'exceptionnellement discrétionnaire » (thèse précitée, n° III-6, p. 556).

(4) Cf. J. MARTIN de la MOUTTE : *L'acte juridique unilatéral. Essai sur la notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1949, Paris, Sirey, 1951, préf. P. RAYNAUD, qui dénombre la résiliation parmi les actes unilatéraux (n° 49, pp. 55 et 56) et en étudie ensuite les effets et le régime (n° 258, pp. 242 et 243).

(5) C'est pourquoi la pratique de certaines banques qui refusent leur consentement à la résiliation d'un cautionnement à durée indéterminée est parfaitement inopérante. Néanmoins elle conduit parfois la caution, influencée par un tel refus, à reprendre sa lettre de révocation et à se priver ainsi d'une libération pourtant valable.

l'accord tacite de l'autre aboutit à dissoudre le contrat, il s'agit d'un accord des deux parties et non d'une résiliation (1). La confusion doit être évitée et «les circonstances d'où résulte cet accord tacite sont appréciées souverainement par les tribunaux» (2) qui recherchent fermement la rencontre des volontés.

281. — Résiliation et révocation. Il y a cependant des hypothèses de révocation unilatérale, différentes de celles qui engendrent la résiliation au sens où nous l'avons retenue et qui entraînent tout de même la rupture du lien contractuel. D'abord la rupture unilatérale justifiée par l'urgence, ou plus exactement par une nécessité impérieuse (3), lorsque le préjudice d'une partie serait trop grand si l'exécution du contrat se poursuivait (4). Mais elle n'est qu'exceptionnelle (5) et faite par l'intéressé «à ses risques et périls» (6). Ensuite la rupture unilatérale d'un engagement encore à l'état de promesse ; nombre d'auteurs considérant le cautionnement de dettes futures comme une promesse de cautionner les dettes à venir et permettent au promettant (la caution) de révoquer son engagement avant qu'une dette vienne rendre

(1) Sur ce problème de l'existence et de la preuve du mutus dissensus, cf. : G. HOLLEAUX : Note au Dalloz 1961, pp. 89 et 90 sous Civ. 22 novembre 1960, dans une espèce où l'acceptation tacite de la dénonciation d'un contrat d'association entre deux médecins par l'un d'eux résultait pour l'autre d'un exercice séparé de la profession pendant 3 ans. — Adde : J. HEMARD : obs. à la Rev. trim. dr. com. 1973, pp. 618 et 619 sur Trib. com. Paris 16 février 1973 : acceptation tacite par l'E.D.F. d'une résiliation du contrat d'abonnement.

(2) G. HOLLEAUX : note précitée, p. 89, 2^e col.

(3) P. JESTAZ : *L'urgence et les principes du droit civil*, Thèse, Paris, 1966, L.G.D.J. 1968 (Bibl. dr. privé, t. 87, préf. P. RAYNAUD), n° 217 et suiv. Un auteur a même parlé «d'acte de légitime défense destiné à sauvegarder des intérêts gravement menacés» : MOREL : Note au Sirey 1922, 1, 369.

(4) Il ne s'agit point là d'une condition de cette rupture mais simplement d'une approche très générale de son cadre d'application. Il est en effet impossible de «définir d'avance les circonstances que le législateur ou les contractants n'ont précisément pu prévoir au moment où ils élaboraient, une à une, les diverses règles auxquelles il s'agit d'apporter exception» (R. PALLARD : *L'exception de nécessité en droit civil*, Thèse, Poitiers, 1948, L.G.D.J. 1949 (préf. R. SAVATIER), n° 138, p. 230). La nécessité est indéfinissable a priori : «ce qui caractérise l'exception de nécessité, c'est précisément que l'on n'indique pas dans quels cas elle va jouer et que l'on s'en remet à quelqu'un de décider si telle ou telle situation constitue ou non un cas de nécessité» (Thèse précitée, n° 5, pp. 15 et 16).

(5) G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 535, p. 206.

(6) J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed°, n° 81. Pratique judiciaire : résolution par volonté unilatérale du créancier, in fine, p. 280. — Pour une critique de la juxtaposition de ce risque avec la notion de droit de rupture, au motif qu'il n'y a pas de droit si celui qui l'exerce n'est pas à l'abri de tout reproche, cf. B. HOUIN : Thèse précitée, n° I-19, pp. 24 et 25.

la promesse exigible (1). Cette opinion est aujourd'hui abandonnée (2) mais il est des cautions pour soutenir que la rupture est en la matière possible (3). Et de fait les praticiens conçoivent fort bien qu'un cautionnement non encore «matérialisé» par une dette existante puisse être rétracté (4).

En réalité il n'y a pas résiliation unilatérale, mais révocation conventionnelle. Le créancier accepte d'autant plus facilement de rendre à la caution sa liberté qu'il ne s'est pas encore dessaisi de ses fonds. Toute garantie personnelle vaut autant par l'esprit coopératif du garant que par sa fortune ; que peut-on attendre d'une caution réticente et en mal de liberté, sinon des actions dilatoires et des dérobades ? L'absence de confiance détruit la garantie mieux qu'un vice originel. Cette optique pragmatique conduit le créancier à accepter la rupture du cautionnement, quitte à exiger du débiteur une autre garantie ou à rompre ses relations avec lui. Toutefois cet événement constitue une révocation rétroactive et non une résiliation (5).

Cette confusion nous amène à évoquer le problème terminologique qui affecte la résiliation. Très souvent les praticiens des affaires comme ceux de la basoche emploient le mot de révocation en lieu et place de celui de

(1) Cf. supra n° 253. — Adde, aux auteurs cités (R.J. POTHIER ; P. PONT), L. GUILLOUARD (*Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, 1895, n° 53, pp. 56 à 58). Cet auteur, qui paraît a priori s'opposer aux précités, distingue en réalité, à travers des exemples, le cautionnement d'une dette future et certaine du cautionnement d'une dette future éventuelle. Le premier est irrévocable, mais dans le second «il n'y a de la part de la caution qu'une sollicitation en vue d'un engagement qui n'est pas formé, et elle est libre de retirer l'expression de sa volonté» (n° 53, p. 57).

(2) Cf. : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, t. 24, 3^e ed^o, n° 950 et 951, pp. 509 à 511. — P. SIMLER ; *J. Cl. civ.* art. 2011-2020 (2^e fasc.) 1973, n° 50 et 51. — M. SAINT-CENE ; *Note à la Rev. Jurisp. Com.* (journ. agréés) 1973, pp. 103 à 112, sous *Trib. com. Paris*, 10 mars 1972, spécialement p. 109.

(3) Cela est d'ailleurs la position des juristes anglais dont on connaît le pragmatisme. Le contrat n'étant irrévocable que lorsque le créancier a fourni la «valuable considération» (i.e. la contrepartie), au débiteur principal, la promesse de «garantie» est rétractable unilatéralement, et s'éteint même par la notification au créancier du décès de la caution. Cf. M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse, Paris, 1974, *Dactyl.*, pp. 31 à 33.

(4) Avocats comme hommes de banque admettent ceci sans sourcilier, et il nous a été donné à plusieurs reprises de constater qu'un tel raisonnement était appliqué. L'hypothèse est fréquente d'un changement de position de la caution à qui sa famille ou un ami juriste ont démontré le péril que représente l'engagement signé sans en mesurer la portée. Les banques acceptent facilement que le cautionnement soit retiré tant qu'elles n'ont pas versé les fonds au débiteur principal.

(5) Nous laissons en dehors de ce problème la garantie en faveur de qui il appartiendra, considérée dans un contrat liant le débiteur au garant, et qui à notre avis ne constitue pas un cautionnement. Qualifiée d'acte unilatéral par certains (D. MARTIN ; *note Gaz. Pal.* 1973, I, pp. 144 à 146 sous *Com.* 4 octobre 1972, 8 novembre 1972 et 13 novembre 1972 ; spécialement I de la note p. 145), cette garantie est susceptible de résiliation tant avant même l'apparition de dettes qu'en cours de fonctionnement. C'est ainsi que nombre de journaux spécialisés dans la publication d'annonces légales ou même de quotidiens d'information publient la cessation de la «garantie financière» accordée aux agents ou promoteurs immobiliers (cf. les avis paraissant dans *Le Monde*).

résiliation (1). Or le terme de révocation a une signification tout à la fois plus large et plus confuse ; on peut y voir «un mot commode qui évoque l'idée de «retrait discrétionnaire», et qui s'applique essentiellement à la rétractation d'une déclaration de volonté non encore parfaite» (2), ou au contraire un mot généralement utilisé «quand la suppression des effets du contrat émane des parties elles-mêmes et porte sur un contrat dont l'exécution n'est pas commencée» (3). Nous préférons le réserver à la désignation d'une disparition rétroactive d'origine bilatérale (4), bien que tout soit permis sous son manteau (5).

(1) Cf. par ex : Com. 22 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 298, p. 279 ; Gaz. Pal. 1973, I, 213 note D, MARTIN ; Rev. trim. dr. com. 1933, p. 309, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; Banque 1973, p. 504, obs. L.M. MARTIN, ou encore Com. 8 octobre 1974 (D. 1974, somm. p. 143) ; Trib. gr. inst. Narbonne 14 mai 1970 (Sté marseillaise de crédit c/Dame Le Donne ; inédit). — En doctrine, l'erreur est parfois relevée (D. MARTIN ; note précitée, II, p. 214, 2^e col. ; P. SIMLER : note au J.C.P. 1975, II, 18145, sous Com. 18 juin 1973, I, A, 1^e), parfois commise (P. JESTAZ ; *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ. 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 314 et 315 ; L.M. MARTIN, obs. précitées, pp. 504 à 506).

(2) A. RIEG : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, 1958, L.G.D.J., 1961 (Bibl. dr. privé, t. 19, préf. R. PERROT) n° 520, p. 530. Cet auteur, étudiant la suppression des effets de l'acte juridique, écarte le mutus dissensus, (n° 510, p. 519), et retient la révocation (à côté de la résiliation et de la résolution) à laquelle il attribue en droit français un domaine très étroit (n° 520 et 521, pp. 529 et 530). Ce domaine tendrait, dans cette conception, à s'élargir en accueillant la révocation par exercice du droit de repentir que le législateur agénéralisé aujourd'hui pour les contrats à crédit entre un professionnel et un particulier.

(3) H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1^e vol., 5^e ed°, n° 723, p. 753, qui reconnaissent en outre que «révocation et résiliation sont deux termes très voisins» (ibid.).

(4) En ce sens : P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 169, qui relève l'impropriété du terme et stigmatise son emploi très fréquent. — Adde : M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, Dactyl., n° 266, p. 391 et suiv. qui l'emploie dans le sens de disposition rétroactive déclenchée par une volonté unilatérale. — Comp : com. 3 mai 1972 (3 arrêts), Bull. civ. 1972, IV, n° 132, p. 134 ; Gaz. Pal. 1972, 2, 742 note P. DELAISI, Rev. trim. dr. com. 1972, p. 931, obs. R. HOUIN ; Rev. soc. 1973, p. 108, note M. GUILBERTEAU, qui désigne par révocation une extinction pour l'avenir qui ne peut résulter que d'un accord entre la caution et le créancier.

(5) Si la révocation d'une libéralité pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant est une résolution rétroactive, la révocation du mandat est une résiliation. La même amphibologie se retrouve en droit allemand : cf. A. RIEG : Thèse précitée, n° 520, p. 529. — Adde : *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales* (J.L. AUBERT ; rev. trim. dr. com. 1968, p. 977 et suiv.).

La confusion des sens est telle qu'il faut renoncer à y mettre bon ordre, d'autant que s'ajoutent les termes acceptables de dénonciation (1) et de retrait (2) ou inacceptable d'annulation (3). Nous retiendrons donc le terme de résiliation dans le sens de rupture unilatérale n'ayant effet que pour l'avenir (4), en bannissant celui de révocation.

282. — Acte extincteur et réceptice.

4) — Entendue ainsi, la résiliation est la manifestation d'un droit potestatif (5) et extincteur. Elle est en effet dépourvue de toute rétroactivité car un tel effet serait totalement inutile. Puisque la résiliation a simplement pour

(1) Sur l'usage de ce terme, cf. : P. SIMLER, note au J.C.P. 1975, II, 18145 précitée, I, A-1°. Ont employé ce terme : L.M. MARTIN : obs. précitées, sur Com. 22 novembre 1972. Banque 1973, pp. 504 à 506. — Civ. 16 décembre 1969, Bull. civ. 1969, I, n° 396, p. 317 ; D. 1970, somm., p. 146 ; J.C.P. 1970, IV, p. 33 ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 459, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; Banque 1970, p. 400, obs. X. MARIN ; arrêt qui constate que le cautionnement n'avait « pas été... dénoncé » : — Com. 13 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 285, p. 268 ; Gaz. Pal. 1973, I, 143 (3^e esp.), note D. MARTIN. — Sur la dénonciation en droit suisse, cf. : P. ENGEL : *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, Ed° Ides et calendes, 1973, n° 26, p. 95.

(2) Cf. l'utilisation de ce terme dans le formulaire d'obligations cautionnées publié par J.P. WATTIEZ en annexe de sa thèse : *Le crédit par caution*, Lille, 1963, (Sirey, 1964, Bibl. dr. commercial, t. 9, préf. M. VASSEUR, sous le titre : *Le cautionnement bancaire*), p. 168 in fine.

La même terminologie est reprise dans les formules d'obligations cautionnées : AFNOR NF K11-577-1 (p. 2), NF K11-577-2 (p. 2) et de soumission de crédit d'enlèvement : NF K11-577-6 (p. 2) de juin 1972, et dans le règlement n° 3751 de la D.G.I. organisant les conditions générales des cautionnements fiscaux (art. 26-1).

(3) Formule AFNOR NF K-11-577-6 de juin 1972 (p. 2) : « Toutefois, nous nous réservons chacun en nos qualités respectives de principal obligé ou de caution, le droit de l'annuler par anticipation... ; nous resterons tenus de toutes les sommes dues avant leur annulation ou leur révocation ».

(4) Ceci évite toute confusion avec la résolution, telle celle que propose Me C. THIBIERGE : *Le contrat de promotion immobilière. Etude pratique*, in. Problèmes actuels de la promotion immobilière (Univ. Paris 2), Paris. Lib. Techniques, 1973, pp. 129 à 139, spécialement p. 137. La caution garantissant la bonne fin des opérations de construction devrait pouvoir se libérer en remboursant, bon gré mal gré, aux clients du promoteur leurs débours antérieurs (au lieu de leur régler les frais ultérieurs découlant de l'application du contrat). Ceci constituerait une résolution volontaire et unilatérale du cautionnement et du contrat principal difficilement admissible.

(5) Cf. I. NAJJAR : *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, Paris, précitée, n° 116, p. 120 (dans la classification de Mr. MESSINA) et n° 119, p. 122 (pour une appréciation personnelle de l'auteur). Les travaux cités visent seulement la révocation du mandat, mais il faut étendre à la résiliation unilatérale la qualification de droit potestatif, car elle entre indéniablement dans la définition qui en est donnée : « pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale » (Thèse précitée, n° 99, p. 102 in principio).

but «de permettre à chacun de se dégager d'un contrat devenu inutile, insuffisant ou dangereux» (1), l'adéquation de ses effets à son but impose le rejet de toute rétroactivité. La résiliation n'ayant droit de cité qu'en matière de contrats à exécution successive, elle y trouve un terrain propre à n'accepter que des effets tournés vers l'avenir (2).

5) — Enfin, et c'est là son dernier caractère, la résiliation unilatérale est un acte réceptice. En effet elle est une manifestation unilatérale de volonté qui a pour effet de faire cesser les droits du partenaire contractuel (3). Elle doit donc être portée à la connaissance de l'autre partie et ne développer ses effets qu'à compter de sa notification. Cette exigence, générale à toutes les ruptures unilatérales (4), s'applique assurément à la résiliation (5) (6). Si le principe est admis, son application ne va pas sans difficulté quant à la latitude dont disposent les parties pour aménager cette notification.

La plupart des contrats de cautionnement prévoient une notification de la résiliation par lettre recommandée simple ou avec avis de réception (7). S'agit-il d'un moyen de preuve, susceptible d'être suppléé par toute autre preuve équivalente, ou d'une condition de validité de la résiliation dont l'absence justifie la nullité ? Une jurisprudence sévère de la Cour de cassation y voit une formalité substantielle de la résiliation et prive de toute efficacité

(1) B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse précitée, Dactyl., n° I-66, p. 79.

(2) Sur l'adaptation des effets de la rupture au but poursuivi, cf. : B. HOUIN : Thèse précitée, n° I-63 à I-68, pp. 77 à 83.

(3) Pour une définition de l'acte réceptice, cf. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1924, n° 540 bis. — Adde : J. MARTIN de la MOUTTE : Thèse précitée, n° 179, p. 174, (et sur les conséquences de la distinction en matière d'actes unilatéraux : n° 180 à 205, pp. 175 à 196).

(4) Cf. B. HOUIN : Thèse précitée, n° I-37 à I-39, pp. 47 à 49.

(5) J. MARTIN de la MOUTTE considère même que la résiliation est, parmi les exemples non discutés d'actes réceptices, celui qui arrive «en tout premier rang» et «qui paraît constituer le type de l'acte dont l'existence est subordonnée à une notification» (Thèse précitée, n° 181, p. 175).

(6) Jugé ainsi que la résiliation du cautionnement non mentionnée sur une grosse notariée au porteur n'est pas opposable au bénéficiaire de la grosse : Civ. 27 avril 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 141, pp. 112-113 (2^e moyen) ; D. 1976, I.R., p. 198, V^o Cautionnement ; J.C.P. 1976, IV, p. 202, V^{is} Caution-cautionnement.

(7) Parmi les formulaires qui contiennent une clause relative à la résiliation, ceux de la banque WORMS exigent une «révocation par lettre recommandée», ceux du Crédit Lyonnais une «révocation dûment signifiée», les autres une «révocation par lettre recommandée avec accusé de réception» (C.C.F. ; B.N.P. (cf. cependant le formulaire B.N.P. reproduit par M. de JUGLART et B. IPPOLITO : *Droit commercial*, 4^e vol., 1974, pp. 273 à 275, spécialement p. 274, 5^e alinéa, qui n'exige qu'une «notification par écrit») ; formulaire proposé par C. GAVALDA et B. BOULOC : *Le financement des entreprises*, 1973, Cas n° 6, clause V, p. 40).

la rupture qui ne satisfait pas aux exigences contractuelles de notification (1). Cette solution paraît heurter le caractère d'ordre public du droit de résiliation unilatérale ; en limitant son exercice, de telles conditions portent à ce droit une atteinte importante (2).

Il faut cependant replacer le problème dans son contexte. Ce qui doit être interdit, c'est l'engagement perpétuel. En revanche l'engagement qui laisse une possibilité de rupture unilatérale, même si cette possibilité est restreinte par rapport au droit commun, n'est plus un engagement perpétuel. De même les clauses prévoyant une irrévocabilité temporaire d'un contrat à durée indéterminée sont parfaitement valables (3). Elles partagent le contrat en deux périodes, l'une à durée déterminée (la période d'irrévocabilité) et la suivante sans limitation de durée. Le droit à la résiliation unilatérale est donc, dans les contrats à durée indéterminée, un droit d'ordre public insusceptible de renonciation anticipée totale (4) mais ouvert aux aménagements conventionnels.

L'attitude de la Cour de cassation, d'ordinaire si attentive à la sauvegarde d'un droit aussi fondamental, témoigne en ce domaine de la disgrâce en laquelle elle tient la résiliation unilatérale du cautionnement.

Cette défaveur de la résiliation auprès des juges de cassation contraste avec le tracé habituel du cadre de la résiliation (section 1) ; une adaptation législative de ce cadre est en germe et le sens à lui imprimer doit être, contrairement aux tentatives actuelles, conforme à l'optique de la Cour Suprême (section 2).

(1) Très nettement, cassant un arrêt d'appel qui avait décidé que « l'acte extrajudiciaire de dénonciation prévu au contrat n'était pas exigé à peine de nullité » : Com. 10 octobre 1956, Bull. civ. 1956, III, n° 231, p. 197. — Adde dans le même sens : Com. 20 novembre 1956, Bull. civ. 1956, III, n° 295, p. 257. — Com. 13 novembre 1972 (4^e moyen), Bull. civ. 1972, IV, n° 285, p. 268 ; Gaz. Pal. 1973, 1, p. 144 (2^e espèce), note D. MARTIN. — Comp. cependant : Com. 29 janvier 1973, Bull. civ. 1973, IV, p. 40, qui trouve dans des causes étrangères à une révocation la source d'une limitation de l'engagement de la caution.

(2) Ceci est particulièrement sensible lorsque le créancier limite l'exercice du droit de résiliation, notamment dans le temps. Ainsi les stipulations des cautionnements que l'Etoile Commerciale exige (en qualité de créancière éventuelle d'un remboursement) des dirigeants des sociétés qu'elle cautionne sont particulièrement restrictives : « le présent engagement n'est pas résiliable en cours d'année, mais seulement au 31 décembre de chaque année, moyennant préavis de trois mois au minimum, par lettre recommandée avec accusé de réception ». Il convient de préciser que ces exigences sont calquées sur celles de l'administration fiscale ou douanière envers lesquelles l'Etoile Commerciale est elle-même engagée. (cf. pour le cautionnement à l'entrepôt d'alcool : J.P. WATTIEZ : Thèse précitée, p. 51).

(3) Cf. l'étude de ces clauses faite par B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-330, et II-331, pp. 541 à 544. « La seule exigence est que la durée de l'irrévocabilité soit raisonnable » (ibid., n° II-331, p. 544).

(4) Le principe est solidement ancré dans notre droit positif, et couvre tant les obstacles de droit à l'exercice d'une résiliation que les obstacles de fait (clause pénale très élevée en cas de rupture, etc...). Cf. B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-332 à II-329, pp. 532 à 541).

SECTION I

LE CADRE DE LA RESILIATION DU CAUTIONNEMENT

La résiliation a traditionnellement bénéficié d'une conception extensive de son domaine (§ 1). A ceci s'ajoutent en notre matière des tendances propres d'élargissement (§ 2).

Paragraphe 1

LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU DOMAINE
DE LA RESILIATION UNILATERALE

Le fondement même de la possibilité de résiliation (A) explique l'étendue du domaine (B) et le laxisme avec lequel est acceptée une entrave à la force obligatoire des contrats, pilier de notre droit des obligations.

A — Fondement

283. — **Echec à la perpétuité.** «L'homme a si courte vue qu'il se figure naïvement que l'éternité des choses, besoin de son esprit, se projette sur l'effet qu'il regarde et que la situation qu'il a devant les yeux ne changera pas. De là à certains moments, dans les opérations de longue durée, des dissonances aiguës entre ce qui est établi et les besoins qu'il s'agit de satisfaire»(1). Afin d'éviter ces dissonances il faut protéger les intérêts futurs des contractants en les empêchant d'être liés à perpétuité. La sanction du vice de perpétuité par la nullité serait disproportionnée par rapport au risque couru et ôterait plus de satisfaction qu'elle n'en apporterait (2).

(1) R. DEMOGUE : *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, 1911, p. 179.

(2) Exception doit être faite pour le contrat de travail dont la spécificité permet la mise à l'écart de nos préoccupations.

La solution réside dans l'ouverture d'une échappatoire, dans la possibilité pour une partie de sortir du contrat qui deviendrait, en raison de sa durée, trop contraignant. La virtualité de rupture est indéfinie, afin d'apporter aux parties, non sans paradoxe, une liberté et une sécurité dans l'avenir qu'elles n'ont pas su exiger lors de la formation du contrat. Toute obligation revêt en conséquence un « caractère nécessairement éphémère » (1).

Le vice de perpétuité est sanctionné en de rares matières par des textes spéciaux (2) mais aucun principe général de prohibition de l'engagement perpétuel n'est inscrit dans notre législation. Toutefois la généralité de la prohibition, qui est unanimement admise, sa motivation par des considérations tant économiques et juridiques que philosophiques et même son érection en principe général (3) nous dispensent de reprendre les traditionnels arguments (4). Ce principe virtuel de notre droit positif est assorti d'un corollaire permettant à tout contractant engagé dans une convention de durée illimitée de la faire cesser (5).

L'extension au cautionnement d'une telle faculté de prévenir la perpétuité ne fait aucun doute, l'engagement de la caution ayant une propension à s'étendre dans le temps sans limite de durée. Un texte au moins montrait en notre matière le souci du législateur de ne pas laisser la caution dans les liens d'un contrat perpétuel. L'article 129 C. civ. disposait avant la réforme de l'absence en 1977 que les cautions étaient déchargées lorsque les conditions de l'envoi en possession définitif étaient remplies (6). Cette sollicitude ne peut qu'inviter à appliquer au cautionnement la faculté de résiliation unilatérale ; cette application dénote toutefois un domaine d'étendue très large.

(1) R. SAVATIER : *Cours de droit civil*, t. 2, 2^e ed^o, Paris, L.G.D.J., 1949, n^o 510, p. 237.

(2) L'interdiction de l'engagement perpétuel existe en matière de contrat de travail, de baux, de société, de rentes foncières, et d'usufruit des personnes morales. Sur ces textes et leur analyse, cf. J. AZEMA : *La durée des contrats successifs*, Thèse, Lyon, 1968, précitée, n^o 18 à 32, pp. 14 à 25.

(3) La Cour d'appel de Montpellier n'avait pas craint d'affirmer que « l'ordre public français est incompatible avec l'existence de droit perpétuel autre que la propriété et les servitudes foncières, et... qu'il appert indiscutablement que dans le domaine de droit privé, aucun droit perpétuel ne peut être constitué au profit de personne », 5 juin 1944, D.C. 1945, p. 137, note critique H. LALOU.

(4) J. AZEMA a relevé la pauvreté ou l'absence des arguments des auteurs favorables à la généralisation de la prohibition : Thèse précitée, n^o 33, p. 25 in fine et p. 27. Il n'en a pas moins affirmé lui aussi : « On peut alors conclure qu'en ce qui concerne les personnes privées, la prohibition de l'engagement perpétuel est générale en droit français, malgré le caractère parcellaire des textes qui l'édicte ». Thèse précitée, n^o 37, p. 29).

(5) B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse précitée, Dactyl., n^o I-20, p. 27.

(6) La formule n'a pas été reprise puisque l'envoi en possession provisoire (et donc les garanties qui l'accompagnaient) a été supprimé.

B — Etendue du domaine traditionnel

284. — **Mesure subjective de la durée.** Tout cautionnement à durée indéterminée ouvre droit pour chaque partie à la résiliation unilatérale. La règle est assénée avec d'autant plus de force que trop souvent seule son évidence la justifie (1). Sa réalité ne saurait être contestée mais la détermination de son domaine appelle quelques réflexions.

Les règles aménagées en droit commun permettent de cerner la notion de cautionnement à durée indéterminée. En systématisant le droit positif, l'on peut dégager deux conceptions de la durée. D'une part une conception « abstraite », qui repose sur une notion objective du temps et selon laquelle la durée est indéterminée lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une mesure précise. D'autre part une conception « concrète » de la durée, qui fait appel aux sentiments de la précarité de l'être humain et du nécessaire dénouement de son existence ; « la durée est envisagée par rapport à ceux que la convention concerne » (2) et l'absence ou la présence d'une faculté de résiliation unilatérale dépendra non d'un terme mais de l'espoir raisonnable qu'une partie peut nourrir de survivre au contrat ou de son impossibilité (3).

Peut-on appliquer au cautionnement la conception concrète de la durée qui prévaut en matière de contrat de société ou de travail ? Cela conduirait à considérer qu'un cautionnement conclu pour une durée déterminée mais supérieure à l'espérance de vie de la caution (ou encore à l'espérance de vie de l'homme en général, quand ce n'est pas à « la durée symbolique de la vie humaine fixée à 99 ans » (4)) (5) est un engagement subjectivement perpétuel et pour cela susceptible de résiliation unilatérale. Malgré les tendances extensives de cette conception, aucun arrêt n'a, à notre connaissance, abordé le problème en matière de cautionnement. Ceci s'explique par la rareté des cautionnements de très longue durée, les parties préférant un engagement sans terme lorsqu'elles envisagent de longues relations d'affaires.

Le caractère éminemment capitaliste du cautionnement (envisagé au sens strict, dans le lien qu'il crée entre créancier et caution) inciterait à écarter toute considération subjective étrangère au bon déroulement des relations

(1) Cf. par ex. : R. SAVATIER : note au Dalloz 1962, p. 771 in fine, sous Trib. com. Seine 19 juin 1962. — L.M. MARTIN : obs. à la Revue Banque 1973, p. 504 in fine, sur Com. 22 novembre 1972. — P. JESTAZ : *J. Cl. civ. art.* 2034-2039, n° 167.

(2) B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-32, p. 153.

(3) Les éléments d'une telle analyse dualiste ont été dégagés par J. AZEMA (Thèse précitée, n° 20 à 29, pp. 15 à 23) et systématisés par B. HOUIN (Thèse précitée, n° II-32 à II-73, pp. 152 à 201).

(4) Trib. civ. REMIREMONT 28 mai 1958, *Gaz. Pal.* 1958, 2, 102 ; *Rev. soc.* 1959, p. 55.

(5) La notion de « durée de la vie humaine » prise en considération par les tribunaux est fort variable. Aucune décision ne la définit, chacune puisant aux circonstances de l'espèce le choix d'un critère, plus ou moins précis. Sur cette indétermination et pour un recensement des décisions en la matière, cf. : B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-60, p. 186.

pécuniaires. Cependant le parallèle doit être établi avec le contrat de société, dont l'aspect économique l'emporte aujourd'hui sur l'aspect personnel. Bien qu'ayant pour vocation de faire fructifier un capital par l'octroi de profits, la société a une durée qui «se mesure à l'échelle de la vie des personnes physiques qui la composent» (1). Toutefois les impératifs qui ont conduit à une telle solution en matière de société (2) ne se retrouvent pas dans le cas d'un cautionnement. Les deux contrats n'ont pas la même emprise sur la personne et sur le patrimoine de l'individu ; un remède bon pour l'un serait catastrophique pour l'autre.

L'éloignement du terme ne saurait donc, à notre avis, ouvrir droit à la résiliation unilatérale. Pas davantage ne peut être utilisée la résiliation ouverte dans le contrat de travail au cas d'imprécision du terme résultant de causes subjectives. Lorsque le contrat de cautionnement trouve son terme dans des éléments extérieurs à la volonté des parties, il est à durée déterminée (3) ; au contraire la référence à une obligation principale à durée indéterminée laisse au cautionnement toute l'indétermination de sa durée : l'imprécision subjective de la survenance de l'expiration est trop forte pour que l'on puisse y voir un terme (4). La porte est entrebâillée pour la résiliation, la conception subjective de la durée n'ayant en matière de garantie personnelle qu'une influence très limitée.

285. — Mesure objective de la durée. Selon la conception objective de la durée, est un contrat à durée déterminée tout contrat affecté d'un terme. Occupant le terrain laissé libre par la conception subjective que nous avons repoussée, elle confère au terme extinctif un pouvoir de répulsion de la résiliation. Ce pouvoir n'est cependant pas absolu.

D'une part il n'existe que pour les premiers contrats ; toute tacite reconduction sans limitation de durée transforme le cautionnement en contrat de durée indéterminée ; quant à la tacite reconduction dont la durée est contractuellement réglementée, la répétition en use l'efficacité et le cautionnement reconduit se transformera vite (5) en contrat de durée indéterminée (6) (7).

(1) G. CORNU : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1964, p. 342, sur Com. 30 janvier 1963.

(2) La solution s'étendait à toutes les formes de sociétés avant que la loi du 24 juillet 1966 n'impose, dans son article 2, une mesure objective de la durée des sociétés commerciales (En ce sens : J. AZEMA : Thèse précitée, n° 29, p. 22. Contra : B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-61, p. 188, et les références citées).

(3) Cf. supra n° 264.

(4) Cf. supra n° 265.

(5) L'habitude ne commence-t-elle pas à la 2ème fois ?

(6) La remarque n'est pas de portée restreinte, car presque tous les cautionnements fiscaux successifs sont conclus pour une durée de 1 an et renouvelables par tacite reconduction d'année en année.

(7) Sur les conséquences, au plan de la durée, de la tacite reconduction, cf. : B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-63 à II-72, pp. 189 à 201.

D'autre part le terme n'a d'effet répulsif à l'encontre de la résiliation qu'à la condition d'être établi. Or la tâche de celui qui invoque le terme est rendue plus ardue par la présomption générale d'indétermination de la durée que pose la jurisprudence. L'on doit considérer que l'absence de stipulation expresse d'un terme révèle la volonté de laisser l'engagement sans limite temporelle ; en conséquence «le silence des contractants sur la qualification de leur engagement conduit... à considérer celui-ci comme passé définitivement et pour un temps indéfini. Les contrats successifs sont présumés être à durée indéterminée» (1).

Cette présomption hérite en jurisprudence d'un domaine très général, malgré certaines critiques doctrinales (2). Elle peut trouver une justification dans «la protection du contractant le plus faible contre le plus fort» (3) ; dégagé à propos du contrat de travail, ce fondement est aisément transposable au cautionnement dans lequel la caution apparaît en règle générale comme la plus désarmée. Tout pousserait donc à étendre cette présomption au cautionnement, n'était une décision de la Cour de cassation qui a retenu comme terme extinctif du cautionnement «l'entière exécution de l'obligation de remboursement dont il était la garantie et l'accessoire» (4). Sans statuer sur le problème de la présomption, cet arrêt dénote le désir de durcir le cautionnement en en extirpant toute possibilité de résiliation unilatérale. Toutefois les critiques justifiées qu'encourt cette décision (5) permettent de l'écarter, malgré le cas qui en a été fait (6).

La présomption d'indétermination de la durée en cas de silence des parties trouve donc en matière de cautionnement un terrain à sa mesure. Le grand nombre des contrats de cautionnements dépourvus de terme extinctif laisserait croire qu'elle y tient un rôle important (7). Elle est ainsi amenée à jouer

(1) J.M. BISCHOFF : *La protection des engagements temporaires*, in : La tendance à la stabilité du rapport contractuel. ouv. coll. dirigé par P. DURAND, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 108 à 144, spécialement p. 115.

(2) Certains reprochent à cette présomption la fragilité de ses fondements : J. AZEMA : thèse précitée, n° 85, pp. 65 à 67. — Cf. surtout : H. ROLAND : *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*, Mél. P. VOIRIN, L.G.D.J., 1967, pp. 737 à 762, spécialement II-A, pp. 753 à 758.

(3) B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-38, p. 158.

(4) Com. 18 juin 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 209, p. 189 ; J.C.P. 1975, II, 18145, note P. SIMLER ; D. 1973, Som., p. 149 ; Rev. trim. dr. com. 1974, pp. 135 et 136, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(5) Cf. supra n° 272, l'analyse de la décision et les critiques qui sont avancées.

(6) Cet arrêt a été commenté dans le Rapport de la Cour de cassation, année 1973-1974, p. 65. Sur le sens à donner au choix de cette décision pour illustrer les problèmes du cautionnement, supra n° 272.

(7) MMs. C. GAVALDA et B. BOULOC affirment, en commentaire d'un formulaire de cautionnement, que «la durée du contrat n'est généralement pas précisée» (*Le financement des entreprises*, Paris, Dalloz, Coll. Cas pratiques des affaires, 1973, cas n° 6, question 5-1), p. 41. — Comp. Les constatations effectuées par MMs. J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, Paris, Dalloz, 5^e ed°, mise à jour par J.P. PATY, 1976, n° 267, p. 212 et n° 294, p. 236.

fréquemment mais la portée de son action est limitée. En effet si l'absence d'un terme est chose courante, il est tout aussi fréquent de mentionner dans les cautionnements la possibilité d'une résiliation et les conditions de son effectivité (1). Cette pratique prouve que ce n'est pas tant la durée d'exécution qui intéresse les parties que les conditions d'extinction du contrat.

La résiliation unilatérale trouve dans ces clauses une source riche de vertus puissantes, qui tend à élargir son domaine traditionnel.

Paragraphe 2

LES TENDANCES A L'ELARGISSEMENT DU DOMAINE

La résiliation unilatérale ne joue normalement qu'en l'absence de terme extinctif. Néanmoins elle peut étendre son domaine hors des contrats à durée indéterminée lorsque les contractants (A) ou le juge (B) le décident.

A — Elargissement contractuel

286. — Résiliation d'un contrat à durée déterminée. Les tendances à l'élargissement contractuel du domaine de la résiliation couvent sous les clauses de certains contrats de cautionnement. Les contractants ont, en droit commun, la faculté de prévoir conventionnellement pour chacun d'eux ou pour l'un seulement le droit de rompre unilatéralement un contrat à durée déterminée (2). Cette possibilité doit se retrouver dans le cautionnement, rien ne permettant d'y faire obstacle. Nombre de contrats en font d'ailleurs mention, soit au seul avantage du créancier (3), soit à la disposition des deux parties, la clause étant

(1) La grande majorité des formulaires de banque contient une clause de ce style, plus ou moins élaborée et plus ou moins sévère dans le régime qu'elle impose.

(2) B. TEYSSIE : *Les clauses de résiliation et de résolution*, in : Cahiers de droit de l'entreprise (supplément au J.C.P. ed° C.I.), Cahier 1-1975. *Les clauses de différend*, pp. 13 à 18, spécialement I-B, pp. 15 et 16. — B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse précitée, Paris, 1974, Dactyl., n° II-264 à II-281, pp. 462 à 481.

(3) Le règlement n° 3751 contenant les conditions générales des cautionnements fiscaux prévoit d'une part que « l'engagement de la caution s'applique à l'année civile » (art. 22 ; 1) et d'autre part que « le comptable des impôts qui a reçu le cautionnement a, à toute époque et sans qu'il soit tenu à aucune formalité, la faculté de rejeter la caution admise... » (art. 32).

plutôt destinée à permettre la libération de la caution (1). Cette pratique, qui «s'avère d'un emploi courant... permet d'entreprendre une foule d'opérations à l'essai sans s'engager dans des conséquences imprévisibles» (2). Transposée dans le cautionnement, qu'elle affaiblit, elle permet à la caution d'éviter une aggravation insupportable du risque (3), et au créancier d'écarter une sûreté personnelle qui dépérit (4).

La validité de telles clauses ne saurait être suspectée. L'on a parfois craint que la puissance (potestas) de la volonté unilatérale n'attire les foudres qui frappent la condition purement potestative. De telles craintes sont injustifiées car, outre le champ d'application en peau de chagrin de la condition potestative nulle, la sanction frappe l'obligation viciée dans sa naissance, dans sa réalité. Tel n'est pas le cas d'une obligation affectée d'une possibilité de résiliation potestative ; bien réelle, elle peut seulement disparaître pour l'avenir après avoir vécu un temps plus ou moins long (5). L'obligation de couverture prouve ici son autonomie (6) : elle existe dès la conclusion du cautionnement et vit d'une existence propre, quitte à disparaître avant qu'une obligation de règlement n'ait pris naissance. Sa réalité n'est pas affectée par l'éventualité d'une extinction avant qu'une dette pécuniaire soit née.

Ce droit de rupture unilatérale intégré dans les contrats à durée déterminée n'entraîne-t-il pas une disqualification en contrats en durée indéterminée ? La question, posée dans le cadre du contrat de travail, y a reçu une réponse affirmative lorsque la faculté de rupture est discrétionnaire (7). En conséquence

(1) Il en est ainsi des cautionnements fiscaux (règlement n° 3751 précité, art. 26 ; 1) et de nombreux cautionnements entre particuliers qui garantissent des obligations principales à durée déterminée ; cf. par ex. le cautionnement ayant fait l'objet du litige tranché par Com. 13 novembre 1972 (Gaz. Pal. 1973, 1, p. 144, 2e espèce, précité) : Le dirigeant d'une société concessionnaire était caution envers le concédant selon un contrat de 2 ans, avec terme échéant le 2 mars, renouvelable par tacite reconduction mais dénonçable au plus tard le 30 novembre avec effet le 31 décembre.

(2) B. CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1966, L.G.D.J., 1968 (Bibl. dr. privé, t. 84, préf. J. CARBONNIER), n° 416, p. 226 (et sur l'étude des «réserves résolutoires», adde : n° 414 à 418, pp. 225 à 227).

(3) La caution, attachée au sort de l'opération globale par des liens moraux ou pécuniaires plus ou moins solides, n'utilise que fort rarement la faculté que lui ouvre cette clause. Cette précaution dénote l'impact considérable au plan économique de l'extinction du cautionnement sur l'opération générale dans laquelle il s'insère.

(4) Les formulaires contenant une clause de résiliation sont ceux-là seuls qui organisent des cautionnements successifs. Les cautionnements à exécution instantanée, seuls prévus dans les formulaires notariaux ou les formulaires d'actes sous-seings-privés, sont inaptes à recevoir une telle possibilité.

(5) Sur la validité en général des facultés conventionnelles de rupture unilatérale, et sur l'impératif accompli d'une réalité de l'obligation qui en est affectée, cf. B. HOUIN : Thèse précitée, n° II-265 à II-270, pp. 463 à 470.

(6) Sur la distinction des obligations de couverture et de règlement au sein des cautionnements successifs, cf. supra n° 255 à 261.

(7) P. DURAND et A. VITU : *Traité de droit du travail*, t. 2, Paris, Dalloz, 1950, n° 174-5^e, p. 314. — G. POULAIN : *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée (Essai pour un statut unique de la résiliation du contrat de travail)*, Thèse, Strasbourg, 1970, Paris, L.G.D.J. (1971), n° 68.

la résiliation peut être opérée tant par le bénéficiaire de la clause que par son partenaire : il n'y a de résiliation unilatérale que partagée. Les motifs d'équité et de protection du salarié en position d'infériorité ne se retrouvent pas au similaire en matière de cautionnement (1). La solution ne nous apparaît donc pas transposable. Le cautionnement restera à durée déterminée, le terme prévu marquant sa fin certaine et inexorable ; toutefois il aura pu disparaître auparavant sans perdre ses principales caractéristiques.

Gagnant un domaine nouveau en abordant le cautionnement à durée déterminée, la résiliation unilatérale prouve sa vigueur. Elle dénote également le besoin éprouvé par les parties d'étendre une technique d'extinction pratique. Cet aspect n'est pas étranger à l'attitude de certains juges.

B — Elargissement judiciaire

287. — Résiliation malgré l'existence d'un terme. Les tendances à l'élargissement judiciaire du domaine de la résiliation sont plus ténues, mais néanmoins réelles. L'allant donné à une autorisation prétorienne de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée par quelques arrêts (2) a entraîné certains juges à considérer comme possible la rupture du cautionnement indépendamment de la qualification de sa durée. Le cautionnement de dettes futures pourrait ainsi, par son seul caractère successif, permettre la résiliation unilatérale (3). Le faible nombre des cautionnements à durée indéterminée explique

(1) Il faut voir dans cette attitude la marque de « l'évolution constante du droit du travail cherchant à se dégager de la tutelle étouffante des principes de droit civil » (G. POULAIN : Thèse précitée, n° 417 (p. 498, Dactyl.) et la preuve que « la distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée doit reprendre l'importance mineure qu'elle aurait toujours dû garder » (op. cit., n° 423, dactyl., p. 508).

(2) Cf. sur ces décisions : P. SIMLER : *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée (A propos de trois espèces jurisprudentielles récentes)*, J.C.P. 1971, I, 2413. Partagé entre le respect de l'art. 1134 et les impératifs pratiques découlant de la considération de la personne ou de la mauvaise volonté d'une partie au contrat l'auteur hésite entre la critique et la louange pour finalement admettre l'abus du droit de refuser une résiliation anticipée, qui n'est pas autre chose que l'abus du refus d'un mutus dissensus. — Adde, en matière de vente : Colmar 7 février 1975, D. 1978, 169, note P. ORTSCHIEDT, pp. 169 à 172 qui critique cette forme de résolution, ne concevant son application qu'en droit du travail.

(3) L'exemple est net donné par l'arrêt de la Cour de Riom (17 mars 1972, non publié) fustigé sur ce point par la Cour de cassation (Com. 18 juin 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 209, p. 189, précité avec autres références). Pour rejeter le pourvoi, la Chambre commerciale a dû faire abstraction « du motif de pur droit selon lequel le contrat litigieux était par son caractère successif résiliable unilatéralement par les cautions... qui est erroné... ». Le rejet du pourvoi s'explique par le fait que le juge d'appel n'avait pas, pour d'autres motifs, validé la résiliation unilatérale des cautions.

l'absence de décisions tranchées mais la tendance est perceptible dans nombre de jugements ou d'arrêts d'appel.

Les juges du fond paraissent sensibles à l'insécurité qui pèse sur la caution liée par un engagement général (ou « omnibus »). Qu'un terme ait été fixé à son obligation de couverture n'empêche pas les obligations de règlement de naître à un rythme vertigineux lorsque les prémices de la faillite se font plus sensibles. Etrangère à l'opération principale, impuissante devant le désastre que le créancier concourt souvent à aggraver, la caution serait pieds et poings liés par son engagement. La durée du cautionnement ne saurait être un critère suffisant du jeu de la résiliation : naît alors le sentiment qu'il faut permettre à la caution de tirer la sonnette d'alarme en résiliant son engagement.

Cette impression, perceptible dans les motivations jurisprudentielles, se retrouve dans les soubresauts législatifs qui affectent certains droits régissant le cautionnement. L'aspiration à une adaptation du cadre de la résiliation unilatérale est certaine.

SECTION I

L'ADAPTATION A EFFECTUER

288. — **Eléments de cette adaptation.** L'idéal de liberté prohibant la perpétuité justifiait le jeu de la résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée (1) ; c'est à l'idéal de sécurité que l'on semble faire appel, assez paradoxalement d'ailleurs, pour ouvrir à cette résiliation la porte des contrats à durée déterminée. Les projets de modification législative dans des droits imprégnés des conceptions françaises tel le droit québécois et le droit des Communautés Européennes contiennent de semblables tentatives

(1) L'on a présenté l'impératif de liberté non plus comme un idéal, mais comme un procédé politique permettant, sous couvert d'égalité entre les contractants, de faire peser sur le travailleur la crainte du licenciement propre à l'asservir plus solidement qu'un lien de droit (G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, théorie des obligations, P.U.F., Thémis, 1975, p. 235). Ces considérations ne valent pas pour le cautionnement où l'équilibre des pressions se rétablit : la caution, qui pourrait menacer le créancier de rupture immédiate, est trop liée au débiteur pour pouvoir jouer de sa position ou bien a exigé des contre-garanties qui la rendent sereine. L'ensemble débiteur-caution est en équilibre économique avec le créancier.

d'extension du cadre de la résiliation (§ 1). Ces propositions, pesées afin de ménager les intérêts concurrents des parties, se révèlent à notre avis aussi dangereuses qu'inadaptées. C'est pourquoi nous proposerons une restriction du cadre de la résiliation, compensée en renforçant le jeu du terme extinctif (§ 2).

Paragraphe 1

LES TENTATIVES D'EXTENSION DU CADRE DE LA RESILIATION

La fonction première du droit, qui réside dans l'apport d'une sécurité la moins relative possible, amène à remettre en question la distinction traditionnelle qui anime les contrats successifs. En faisant de la limitation de la durée l'unique critère de classification des contrats successifs, la théorie classique (1) prouve ses faiblesses et son insuffisance. «Les lignes de force sont ailleurs» (2) et l'affirmation d'un rapprochement des deux sortes de contrat est aujourd'hui consacrée (3). L'impératif de sécurité conduit à limiter le droit de résiliation dans les contrats à durée indéterminée et à l'inclure dans les contrats à durée déterminée. La durée n'est donc plus l'élément de clivage. Le phénomène est également sensible en matière de cautionnement, ainsi qu'en témoignent deux propositions de modification législative, qu'il faut analyser rapidement pour mieux les expliquer.

289. — Contenu des projets législatifs. 1) - La première proposition concerne l'harmonisation des législations des différents pays membres des Communautés Economiques Européennes. Une mission confiée au Max Planck Institut de Hambourg en 1969 déboucha sur une étude circonstanciée des rouages du cautionnement dans les six pays membres de la C.E.E. et sur des propositions (4).

(1) Que MM. J. AZEMA (Thèse précitée, passim) et G. FARJAT (op. cit., pp. 233 à 261) nomment «l'orthodoxie juridique», non sans quelque dérision de la part du second.

(2) G. FARJAT : op. cit., p. 236.

(3) Objet de la thèse de J. AZEMA, ce rapprochement a fait depuis la preuve de sa vitalité. — Adde : G. POULAIN : *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée*, Thèse précitée, Strasbourg, 1970.

(4) Rapport du Max Planck Institut sur «le cautionnement dans le droit des Etats membres des Communautés Européennes», Hambourg, 1969, Dactyl. (également publié parmi les études de la commission des C.E.E. Série concurrence, Rapprochement des législations, n° 14, Bruxelles 1971).

Les auteurs du rapport suggèrent, à l'image du droit allemand, que la caution puisse résilier son engagement «lorsque après la souscription du cautionnement la situation financière du débiteur s'est substantiellement détériorée» (1). Peu importe la durée du cautionnement, seul compte le caractère successif de l'engagement et implicitement l'indétermination de son montant.

La deuxième proposition émane de l'Office de Révision du Code civil Québécois (2). L'article 24 du projet dispose qu'«au bout de cinq ans, le cautionnement pour *une période ou un montant indéterminés* comporte la faculté pour la caution d'y mettre fin pour l'avenir...» (3). Ici la transition de la durée au montant s'effectue sans rupture puisque l'alternative est ménagée. Néanmoins l'abandon de la durée comme critère unique du jeu de la résiliation est établi.

290. — Explication des projets. 2) - Ainsi donc le domaine de la résiliation s'étend des contrats à durée indéterminée aux contrats à montant indéterminé. Il n'y a pas vraiment glissement, mais plutôt étirement. Le critère de la durée a révélé ses insuffisances (4) ; il est étayé par celui du montant. Il est vrai que l'indétermination du volume de l'obligation garantie présente le plus grand danger pour la caution. Souvent durée et montant contribuent de pair à cette indétermination ; plus profondément c'est dans l'essence même des cautionnements de dettes futures éventuelles que réside le risque. Ces tentatives d'extension de la résiliation unilatérale visent à l'atténuer sinon à le juguler (5).

(1) Art. 7 (1) des propositions, p. 193 (Dactyl.). Ce texte s'inspire du droit positif allemand, issu de la disposition générale de l'art. 242 B.G.B.

(2) Rapport sur le cautionnement du Comité du contrat de cautionnement, Rapport XXXIII, Montréal, 1975.

(3) Il convient de noter que tout cautionnement serait irrévocable pendant un certain délai, en l'espèce 5 ans. La même idée est défendue par les auteurs du rapport du Max Planck Institut, qui toutefois demeurent bien plus circonspects sur la durée de cette période.

(4) Cf. les observations de G. FARJAT sur les «insuffisances techniques [de] ce cadre juridique», *Droit privé de l'économie*, t. 2., précité, pp. 234 et 235.

(5) La multiplication des cautionnements illimités en montant a de tous temps suscité des réactions de protection et de limitation. Déjà les romains, grands adeptes du cautionnement, avaient été contraints d'interdire les cautionnements de dette pécuniaire pour une somme supérieure à 20.000 sesterces. (Loi Cornelia, datée environ du 1^e s. avant J.C., et dont la portée est peu claire. Sur son origine dans GAIUS, *Institutes* t. 3, pp. 124-125, cf. P.F. GIRARD : *Manuel élém. dr. romain*, 4^e ed^o, Paris, Rousseau, 1906, p. 751, note 9. Adde : P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, PUF, Thémis, t. 1., 2^e ed^o, 1969, n^o 312, p. 341.

Tout comme la perpétuité n'est pas intégrée «dans la vocation... de la loi contractuelle» (1), l'éventualité et le risque y sont mal tolérés (2). Même des contrats à finalité protectrice comme le contrat d'assurances offrent à la résiliation unilatérale un large domaine (3). La sécurité accrue que ces dispositions offrent à l'assureur serait-elle identique pour la caution ? La pratique actuelle des résiliations de cautionnement tend à prouver le contraire ; le but n'étant pas atteint, les moyens employés perdent leur justification. L'extension de la résiliation apparaît donc comme inutilement dangereuse.

Paragraphe 2

POSITION PROPOSEE :

RESTREINDRE LE DOMAINE DE LA RESILIATION

291. — **Divisions.** La résiliation unilatérale dont l'on fait le paravent idéal est en réalité fort mal adaptée au cautionnement. Il faut donc chercher ailleurs une technique apte à conférer la sécurité recherchée (B), ce qui nécessite d'abord une restriction du domaine de la résiliation (A).

(1) G. LAMBERT : *Cours de droit civil, Droit du patrimoine, principes généraux* (Lic. 2^e année), Sainte Ruffine, ed. Maison-Neuve, 1971, p. 329.

(2) Le summum est atteint dans certains contrats, intéressant notamment le commerce international, qui contiennent des clauses de révocation à la discrétion d'une partie au cas de survenance d'un événement dont l'imprécision laisse songeur. Cf. les exemples de «hardship clauses» publiés par la revue *Droit et pratique du commerce international*, n° 3, septembre 1975, t. 1., où l'on relève notamment cette clause : «Toutes difficultés survenant après l'acceptation de votre commande relativement à l'obtention de devises, à des mesures de politique commerciale, au contingentement, à la manipulation monétaire, etc. (Sic !) nous confèrent le droit... de révoquer le contrat. Ce droit n'est pas réciproque».

(3) La faculté de résiliation ouverte à l'assureur en cas d'aggravation du risque ou en cas de survenance d'un sinistre n'ont pas, en droit positif, de pendant dans le cadre du cautionnement. Pourtant l'indétermination de la couverture est la même lorsque le cautionnement couvre des dettes futures éventuelles. Les tentatives législatives d'aménagement de la résiliation unilatérale du cautionnement aboutissent indirectement à un alignement des réglementations.

A — Inadaptation de la résiliation

L'inadaptation de la résiliation explique son ineffectivité. La multitude des cautionnements donnés sans limitation de montant ni de durée, jointe à la fréquence du contentieux judiciaire publié portant sur l'hypothèse où la caution tente de se libérer, a posteriori, d'un cautionnement qu'elle aurait fort bien pu résilier en temps utile, amènent à rechercher les raisons du non-emploi de la résiliation. A bien y regarder, deux leviers puissants, alternatifs et complémentaires, empêchent la caution de l'utiliser.

292. — **Caution étrangère aux affaires du débiteur.** 1) - Il apparaît dans une première catégorie de cas que *la caution n'a pas nécessairement l'information suffisante* pour user à bon escient de son droit de rupture. Il est vrai que les cautionnements généraux sont très rarement des services d'amis mais plus généralement des engagements animés d'un intérêt indirect pour la caution : dirigeants cautionnant leur société ou sociétés de cautionnement couvrant leurs clients. A la marge cependant il est des cautions générales qui sont totalement détachées des affaires du débiteur : l'administrateur minoritaire d'une société à la gestion de laquelle il ne participe pas, le commerçant ou l'agriculteur ayant donné sa garantie générale à une personne avec qui il se trouve en relations d'affaires ou de voisinage sont étrangers aux opérations garanties et donc dans l'impossibilité de résilier leur engagement. Un exemple particulièrement topique est offert par l'espèce jugée le 8 mars 1971 par la Cour de cassation : quatre agriculteurs avaient en 1958 accepté de cautionner les dettes envers sa banque d'un commerçant en pailles et fourrages avec qui ils étaient en relations d'affaires. Celui-ci changea totalement d'activité en 1960, mais conserva ses comptes à la même banque. Les agriculteurs cautions durent garantir le solde des nouveaux comptes alors que correctement informés ils n'auraient pas manqué de résilier leur engagement (1).

L'absence d'information (2), l'insouciance ou l'oubli par la caution d'un engagement dont elle n'a souvent aucune trace matérielle (3), la conception

(1) Com. 8 mars 1971, D. 1972, pp. 262 à 264, note D. CLAIROUIN - TOUCHARD ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 432, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; Banque 1972, p. 622, obs. L.M. MARTIN.

(2) La caution renonce souvent à toute information (cf. infra n° 371) et même à une information spécifique sur les résiliations de cautionnements de ses cofidéjussurs : cf. formule B.N.P. (n° 4558, p. 2) : « La B.N.P... ne sera pas davantage tenue d'informer la caution de la dénonciation qui serait faite par une autre caution de son engagement ».

(3) Nombre de banques, jouant de la nature unilatérale du contrat de cautionnement, ne font signer qu'un seul formulaire de cautionnement. Cette pratique a permis à la Cour d'Aix de reprocher à la banque créancière de ne pas avoir informé les héritiers de la caution de la faculté dont ils disposaient de résilier le cautionnement et en conséquence de priver cette banque du droit de poursuivre les héritiers pour les obligations nées postérieurement au décès (Aix, 1^{er} ch., 15 novembre 1977, Bull. arrêts Aix 1977-4, n° 299, pp. 30 à 32).

qu'elle s'en fait d'une «formalité» qui ne l'engage pas (1), tout cela porte la caution à se désintéresser de la situation économique du débiteur. L'idée de surveiller le débiteur et l'état de ses relations avec le créancier, et a fortiori de résilier un contrat qui ne laisse pas le sentiment de l'engagement, n'effleure même pas la caution.

Vidée de son pouvoir libérateur par son bénéficiaire même, la résiliation apparaît comme une arme (ou une défense) aussi inutile que s'est avérée l'être l'information juridico-économique distribuée aux petits actionnaires. A quoi sert-elle si elle n'est ni comprise, ni adaptée, ni utilisée ?

293. — Caution intégrée à l'opération principale. 2) - *Lorsque la caution dispose des moyens techniques* suffisants pour bénéficier d'une bonne information et d'une saine compréhension de la situation, il apparaît un autre obstacle au jeu de la résiliation : *les liens personnels* qui la retiennent dans le cautionnement. Comment une caution proche du débiteur accepterait-elle, par sa résiliation, de précipiter sa chute ? Comment une caution professionnelle pourrait-elle, sans risque pour sa réputation, résilier ses engagements dans les situations critiques où ils révèlent leur intérêt ? Placée au carrefour d'une opération dont elle est un mécanisme certes réduit mais souvent indispensable, la caution connaît les conséquences de son retrait.

Le dirigeant caution de sa société refusera de la sacrifier, d'autant qu'il nourrit toujours l'espoir d'un redressement. La société mère ne voudra pas compromettre la solidité du groupe en se retirant. La caution liée au débiteur par des relations d'affaires déterminantes pour son existence ne prendra pas le risque de les rompre indirectement. La caution professionnelle, qui cherche à donner de son ministère une image aussi rassurante, sinon plus, que celle d'un assureur, évitera de paraître fuir les risques et ses responsabilités ; par ailleurs, confiante dans les contre garanties dont elle s'est munie, elle ne trouvera pas dans la résiliation volontaire une technique à la mesure de ses besoins.

Lourde de conséquences psychologiques, la résiliation apparaît donc aussi inadaptée aux cautions «intégrées» dans l'obligation principale qu'à celles qui

(1) Les espèces abondent de situations à peine croyables : cautions «positivement illettrées» auxquelles l'acte n'a été ni lu ni expliqué (Civ. 25 mai 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 629, p. 210) ; caution «invitée... dans un café... à signer deux actes de cautionnement rédigés sur papier en-tête de la Cie Urbaine Capitalisation et dont le débiteur lui aurait dit qu'ils avaient pour but de favoriser l'entrée à cette compagnie du frère [du débiteur]» (Pau 17 décembre 1953, Gaz. Pal. 1954, I, 86) ; cautionnement signé en blanc au profit de sa fille qui le remplit sans informer la caution (Paris 26 novembre 1970 ; Banque 1971, p. 204, obs. X. MARIN). Le cautionnement est trop souvent présenté à la caution comme une exigence paperassière sans aucune portée ; créancier et débiteur insistent sur la très faible éventualité d'une mise en jeu de la garantie et persuadent la caution de l'absence de risques, le cautionnement ne jouant qu'au cas où des dettes naîtraient, et au cas où elles resteraient impayées. L'on signe un cautionnement comme l'on signe une feuille de soins de la Sécurité Sociale, sans mesurer la portée de l'engagement.

lui sont extérieures. Inutile donc, l'existence d'une possibilité de résiliation est également dangereuse. La résiliation inemployée est parfois interprétée par un juge comme une acceptation tacite, un renouvellement informel du cautionnement et de l'étendue de son engagement (1). Le silence et l'attentisme perdent dans cette interprétation arbitraire l'aspect de réserves pour prendre des reflets volontaristes.

De plus la résiliation unilatérale est dangereuse pour les cofidélus de celui qui se retire. Laissés seuls pour supporter la charge des règlements à venir, leurs prévisions peuvent se trouver bouleversées par cette défection. Ceci est d'autant plus grave que bien souvent la résiliation de l'un sera inconnue des autres (2). La pluralité des cautions aggrave l'importance d'une résiliation unilatérale d'un inconvénient que ne présenterait pas un terme extinctif que tous peuvent connaître.

Enfin, la résiliation est parfois délicate à établir. Soit qu'elle n'ait pas fait l'objet d'un écrit, soit qu'elle n'ait pas été matérialisée sur le titre au porteur qui contient l'engagement (3), l'absence de preuve conduira à l'absence de droit.

Parce qu'elle est un acte volontaire, un acte juridique au plein sens du terme, la résiliation est inapte à satisfaire le besoin de sécurité. «La volonté humaine, écrit DEMOGUE, à propos de la volonté unilatérale, n'est et ne doit être souveraine que dans une direction générale à donner aux affaires où elle intervient» (4). La place de cette volonté dans l'organisation technique, la modification ou l'expiration d'un engagement doit rester mesurée et ne pas dépasser le cadre restrictif que lui assigne le caractère exceptionnel de son intervention. Née du besoin de liberté qui engendre la prohibition des engagements perpétuels, la résiliation unilatérale ne peut et ne doit pas se charger d'une mission sécurisante. Toute tentative d'extension de son domaine nous apparaît illusoire et dénuée d'efficacité. Tout au contraire, la résiliation retrouvera dans les limites de son domaine originel sa mesure et sa vigueur.

(1) Les formules échappées de la plume des juges du fond sont à cet égard révélatrices : cf. par ex. Trib. com. Lyon 23 novembre 1965 (Rev. jurispr. com. ; journ. agréés ; 1966, p. 32 à 38, note M.C. SEFFERT) : «Mais attendu que PETRIER n'a pas mis fin à sa double caution lorsque la situation s'est aggravée ; qu'il a ainsi accepté, dans le cadre de son engagement écrit, de couvrir les risques nés de cette aggravation» (p. 34 in fine). — Aix 11 décembre 1970 (2^e ch. ; Dame LEGRAND, c/S.A. l'Etoile Commerciale ; inédit) : «Dès lors, faute par Mme LEGRAND... d'avoir dénoncé comme elle eut pu le faire, la caution solidaire souscrite par elle...» (p. 8).

(2) L'ignorance étant due soit à un état de fait, soit à une renonciation à toute information sur les engagements des cofidélus et leurs résiliations.

(3) Civ.1. 27 avril 1976, J.C.P. 1976, IV, p. 202, V^o Caution-Cautionnement ; notaire oubliant de mentionner la résiliation sur la grosse au porteur contenant le prêt et son cautionnement.

(4) R. DEMOGUE : *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Rev. trim. dr. civ. 1907, pp. 245 à 310, spécialement p. 308.

B — Renforcement du rôle du terme extinctif

C'est par un renforcement du rôle effectué au terme extinctif que nous proposons de remplir le cadre dégagé par la résiliation unilatérale. Le terme étant exclusif de la résiliation, il se substituerait à elle pour déclencher l'expiration de l'engagement dans les hypothèses où l'on voulait étendre la résiliation.

294. — Terme exprès et terme sous-jacent. 1) - *Il faut toutefois définir le contenu du terme extinctif* auquel nous faisons référence. Il s'agit tout d'abord du terme extinctif expressément déterminé (1), dont l'existence et la preuve ne font pas difficulté. Comme il en est en droit commun, ce terme confère au contrat une durée déterminée et interdit toute résiliation. Il s'agit ensuite du terme extinctif implicitement appliqué au cautionnement par la règle de l'accessoire (2) : le cautionnement hérite du terme de l'obligation principale, sauf à constater l'impossibilité de retenir un terme trop potestatif (3). Toutes ces hypothèses n'ajoutent rien au domaine traditionnel du terme. Le renforcement de son rôle provient d'ailleurs.

Il est en effet une troisième sorte de terme extinctif, particulier dans son contenu comme dans son rôle : c'est le terme que nous avons appelé «sous-jacent» et dont l'existence qui nous était déjà apparue nécessaire trouve un surcroît d'utilité (4). Ce terme est limité aux hypothèses où les parties et surtout le créancier ont attaché à une situation particulière de la caution une importance primordiale. La qualité de conjoint ou d'administrateur de la société cautionnée, la considération particulière de la personne de la caution constituent l'élément extrinsèque mais fondamental auquel le créancier peut faire implicitement référence. Ainsi isolé, cet élément prend la qualité de terme et sa disparition réalise l'échéance et l'expiration de l'engagement.

295. — Avantages du terme. 2) - *Les conséquences du renforcement du rôle du terme extinctif* ne peuvent qu'être bénéfiques au cautionnement. Les trois aspects du terme couvrent un terrain moins étendu que celui qui était proposé à la résiliation unilatérale. L'aggravation de la situation du débiteur est en effet exclue des causes d'expiration du cautionnement. Cette augmentation du risque est précisément la raison qui conduit le créancier à prévoir des garanties : il serait paradoxal qu'elles s'éteignent à ce moment-là.

(1) Cf. supra n° 272 à 274.

(2) Cf. supra n° 264 à 266.

(3) Cf. supra n° 265.

(4) Cf. supra l'étude détaillée du contexte des caractères, et du régime de ce terme : n° 267 à 271.

Bien évidemment la caution ayant contracté sans limite temporelle conserve son droit de résiliation unilatérale, mais il est justifié par la durée illimitée et non par l'aggravation du risque. Cette possibilité ouverte à la caution de s'évader du contrat est en pratique peu utilisée par les cautions qui sont liées à l'opération garantie par leur intérêt (1) ou leur insouciance (2). Seule la caution non intégrée qui serait exceptionnellement informée de l'aggravation de la situation semblerait susceptible d'utiliser sans hésitation la possibilité de résiliation. La part du hasard dans une telle résiliation est trop grande pour qu'elle puisse devenir un événement extinctif à vocation générale. Le terme apporte la sécurité et l'efficacité que la résiliation n'est à même de fournir ni au créancier ni à la caution.

Au créancier d'abord, le terme assure non seulement une diminution des causes d'extinction du cautionnement mais surtout une participation à l'expiration de sa garantie. Alors que la résiliation existait en dehors de lui, le terme extinctif n'existe pas sans l'intervention de sa volonté, ou tout au moins de sa connaissance. Le terme expressément stipulé, le terme emprunté à l'obligation principale, le terme sous-jacent né des motivations propres du créancier, tous nécessitent son intervention. Ainsi averti et prémuni le créancier n'est plus à la merci des sautes d'humeur de la caution.

À la caution ensuite le terme procure une libération automatique pour les causes prévues. Il s'adapte ainsi beaucoup mieux que la résiliation à la position de retrait, à l'indifférence excusable de la caution.

296. — Conclusion : domaine de la résiliation. En résumé, la résiliation unilatérale retrouve le strict domaine d'application que lui autorise son fondement particulier. Acte unilatéral extinctif, elle ne se justifie que par le désir d'éviter des engagements perpétuels et n'a de raison d'être que dans l'absence de limitation en durée du cautionnement. Génératrice de liberté, elle est une piètre pourvoyeuse de sécurité. Les tentatives faites par les contractants comme par les législateurs pour étendre son rayon s'avèrent plus dangereuses que profitables. Aussi doit-elle laisser l'avantage à l'autre facteur d'expiration du cautionnement : le terme extinctif.

(1) Cf. *supra* n° 293.

(2) Cf. *supra* n° 292.

CONCLUSION DU TITRE TROISIEME : LA DISSOLUTION DES ENGAGEMENTS

297. — Place et rôle de la dissolution. La durée de l'engagement manifeste dans le cautionnement une vitalité toute particulière car le cautionnement reçoit de sa nature de garantie une propension marquée à s'étirer dans le temps.

Pour les cautionnements d'une dette déterminée, le problème de durée est un problème d'allongement. Doivent-ils suivre les variations temporelles de l'obligation principale ? Le législateur l'a fort justement décidé et la règle revêt les avantages de l'équité et de la logique en rejetant toute expiration du cautionnement indépendamment de l'obligation principale.

Pour les cautionnements de dettes futures et éventuelles, le problème de durée est un problème d'abrègement. Les nécessités de l'économie et du crédit conduisent de plus en plus à la signature de cautionnements généraux, garantissant des opérations continues et fluctuantes. Sous ce jour là, le cautionnement fait naître deux obligations, l'une de couverture, aussitôt exécutoire et exécutée, l'autre de règlement, qui n'apparaît qu'au fil des dettes du principal obligé. L'expiration n'est susceptible d'affecter que l'obligation de couverture, car elle seule est à exécution successive.

Le terme extinctif, trop rarement stipulé dans le contrat de cautionnement, couvre en réalité une étendue plus grande que son émergence ne porte à le croire. Faisant l'objet d'une détermination plus fréquemment tacite qu'expresse, il joue un rôle épurateur mesuré et efficace. Il apparaît en profondeur comme une nécessité ressentie et imposée par les parties et son domaine doit s'accroître au détriment de la résiliation unilatérale.

La résiliation, premier et seul acte juridique unilatéral qui puisse éteindre le cautionnement indépendamment de la satisfaction du créancier, a fait l'objet de tentatives d'extension destinées à protéger la caution au détriment de l'efficacité du cautionnement. Le but visé ne pouvant être atteint par cette technique, il est opportun de substituer à cette résiliation inutilement périlleuse le terme extinctif.

Terme extinctif et résiliation se complètent fort opportunément et s'intègrent tous deux au sein de la notion de dissolution. La particularité de ce facteur

d'extinction n'est pas que de préserver le passé ; elle est également de faire apparaître une obligation de règlement, révélant ainsi une dualité d'effets qui correspond à la dualité des obligations insérées dans le cautionnement. La dissolution est extinctive de l'obligation de couverture, mais elle est le catalyseur de l'obligation de règlement en imposant les opérations de liquidation de la dette. Elle est en cela un préalable à l'exécution du cautionnement, et donc à la satisfaction du créancier.

La volonté individuelle joue dans la dissolution des engagements un rôle prépondérant, qu'elle tient de l'accord des parties, créateur du terme, ou de l'impulsion de la caution, génératrice de la résiliation. Si la volonté de résiliation unilatérale doit être expresse, le consentement du créancier à un terme extinctif sous-jacent peut être muet. En exigeant le cautionnement d'une personne déterminée en raison de sa position particulière, il confère à cette position le rôle d'élément fondamental, dont la disparition entraîne dissolution de l'engagement.

Sous cet éclairage, le terme extinctif accède à un rôle de charnière entre les causes d'extinction inhérentes à l'engagement et celles qui sont relatives à la personne des parties. En combinant le jeu des volontés individuelles et une protection mesurée de la caution dans les engagements les plus périlleux pour elle, il permet le respect des intérêts des parties, justifiant l'affirmation de BOSSUET pour qui «la justice veut qu'on ait égard non seulement à l'obligation, mais à l'état de celui qui doit» (1).

(1) *Sermon sur la justice.*

DEUXIEME PARTIE

**LES CAUSES D'EXTINCTION
DU CAUTIONNEMENT
INHERENTES A LA PERSONNE
DES PARTIES**

298. — **Classification, plan.** La caution qui s'engage et le créancier qui recueille son allégeance ne contractent pas sans intégrer à leur consentement la considération de l'autre : les parties au contrat de cautionnement ne sont jamais « anonymes » comme elles peuvent l'être dans une vente ; leur personnalité pénètre, directement ou non, le contexte contractuel. L'influence que ce phénomène exerce sur l'extinction du cautionnement est originale ; les facteurs *exogènes* d'extinction qu'il fait naître constituent un complexe autonome au regard des causes classiques d'extinction engendrées par le droit commun des obligations.

Ce particularisme donne un reflet spécial aux causes d'extinction inhérentes à la personne des parties. Répondant au besoin de *protection de la caution*, elles ne peuvent le satisfaire légitimement tout en respectant l'équilibre contractuel qu'à la condition d'intégrer les particularités de chaque situation : ainsi par exemple vont-elles s'appliquer différemment aux cautions professionnelles et non-professionnelles, leurs besoins de protection n'étant pas les mêmes.

Cette idée de protection s'épanouit tout d'abord lorsque la *considération de la personne* permet l'extinction de la relation juridique à la suite de toute transformation importante l'affectant. Une telle cause d'extinction paraît augmenter la fragilité de la sûreté, ce qui est assurément regrettable. En réalité la place que tient la considération de la personne dans le cautionnement est suffisamment mesurée pour qu'elle soit en fait plus un élément de sécurité que d'affaiblissement.

La même idée de protection a été prise en compte par le législateur dans l'article 2037 C. civ. qui prive le créancier de ses droits contre la caution lorsqu'il n'est plus en mesure de la subroger convenablement. *La faute du créancier* est le plus net des facteurs d'extinction inhérents à la personne puisqu'elle est réglementée par la loi ; sa mise en jeu ne va cependant pas sans difficultés.

Titre Premier : LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE.

Titre Deuxième : LA FAUTE DU CREANCIER.

TITRE PREMIER

LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE

299. — **Importance sélective.** La considération de la personne apparaît comme une évidence dans le cautionnement, et l'étude historique conforte ce sentiment généralement ressenti (1). C'est grâce à la main, symbole de la supériorité humaine, que la soumission du garant envers le bénéficiaire est extériorisée : les sûretés archaïques en gardent la trace dans leur terminologie, même en ce qui concerne la garantie de l'obligation du débiteur (et non seulement la garantie de sa personne, comme pour l'otage) (2). Le fait de se remettre entre les mains du créancier accroît la considération que le garant attache à la personne de ce créancier.

Malgré l'effacement des relations personnelles qu'imposent l'économie et le droit modernes, la considération de la personne joue encore un rôle dans les sûretés personnelles.

D'une part la considération de la surface financière de la caution, de son honnêteté, de ses qualités et de ses pouvoirs imprègnent son engagement d'une dose d'intuitus personae. Il y a donc une considération de la personne de la caution.

D'autre part la caution elle-même peut invoquer une certaine considération de la personne du débiteur et même de celle du créancier. Toutefois cette considération n'est pas la même dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures.

Lorsque le montant des dettes garanties est nettement et définitivement établi, lorsque l'engagement ne saurait s'accroître par le fait du créancier ou du débiteur, la considération de la personne n'a que peu d'influence.

(1) Cf. notamment G. GILISSEN : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale*, Recueil de la Société Jean Bodin, t. 28, *Les sûretés personnelles*, 1ère partie, 1974, pp. 5 à 127, spécialement pp. 27 à 33.

(2) Cf. E. SZLECHTER : *Les sûretés personnelles dans le droit suméro-akkadien*, Rec. soc. J. BODIN précité, t. 28, pp. 173 à 221, spécialement pp. 174 à 176.

C'est pourquoi *l'obligation de règlement* de ces dettes est peu sensible aux facteurs d'extinction inhérents à la considération de la personne.

Lorsque au contraire les dettes garanties sont encore en germe, lorsque l'activité future du créancier et du débiteur en sont les principales sources, la considération de leur personne devient primordiale. C'est pourquoi *l'obligation de couverture* (qui n'existe que dans les cautionnements successifs) y est fort sensible.

Chapitre 1 : La considération de la personne dans l'obligation de règlement.

Chapitre 2 : La considération de la personne dans l'obligation de couverture.

CHAPITRE I

LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE DANS L'OBLIGATION DE REGLEMENT

300. — Faible influence. L'obligation de règlement a pour objet les dettes nées, certaines et liquides qui pèsent tant sur le débiteur principal que sur sa caution. Les qualités du débiteur vont certes faire que la caution soit soumise à l'exécution ou non. Les qualités du créancier vont sans doute influencer sur le montant des intérêts de retard, des clauses pénales ou des frais de recouvrement. Mais dans l'ensemble la conduite des créanciers est identique et celle des débiteurs est davantage liée à leur bourse qu'à leur caractère.

Puisque le montant de la dette est déterminé et son principal intangible, la considération de la personne ne contribue qu'accessoirement à l'extinction de l'obligation de règlement. Elle apparaît en filigrane à travers les mécanismes traditionnels d'extinction que sont la novation, la délégation et la confusion (section 1), mais elle n'a aucun effet extinctif en dehors d'eux (section 2).

SECTION I

LES MECANISMES TRADITIONNELS D'EXTINCTION

301. — **Rapprochement de ces techniques.** Des causes d'extinction énumérées par l'article 1234 C. civ., deux reposent parfois sur la considération de la personne des parties à l'obligation : la novation par changement de personne ainsi que la délégation qu'elle englobe (§ 1) et la confusion (§ 2).

Paragraphe 1

CHANGEMENT DE PARTIES : NOVATION ET DELEGATION

Ces deux mécanismes sont dotés par la loi d'un effet extinctif indiscuté. Le problème n'est donc pas d'apprécier ou de déterminer cet effet : il est de déterminer l'ampleur de l'atteinte à la personne suffisante pour déclencher le mécanisme extinctif.

Novation par changement de personne et délégation recouvrent à peu près les mêmes hypothèses. Dans la novation par changement de créancier, c'est souvent pour éteindre la dette qu'il doit à tertius que le créancier (primus) indique à son débiteur (secondus) ce tiers comme accipiens (1). L'obligation liant le créancier primus au débiteur secondus a été novée par changement de créancier.

La même hypothèse recèle également une novation par changement de débiteur qui affecte l'obligation liant tertius à primus ; par l'acceptation de secondus en qualité de délégué, tertius change de débiteur : sa créance originaire est novée (2).

(1) C. PACTET : *De la réalisation de la novation*, Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 435 à 458 et 643 à 659, spécialement n° 43 et 44, pp. 652 et 653.

(2) C. PACTET : Art. précité, n° 45, pp. 653 et 654. — A. RIEG : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e ed°, V° NOVATION (1973), n° 22 et 27 in fine. (Adde : J. BOULANGER : *ibid.* 1^{ère} ed° n° 24).

Tout comme les applications de la novation et de la délégation ne sont pas semblables (1), leurs mécanismes ne s'assimilent pas totalement. A leur apparition dans le droit romain, les deux notions sont distinctes : «Par ses origines et par son développement, la délégation a été longtemps une institution complètement étrangère à la novation» (2). Mais la proximité de leurs principes directeurs a favorisé une assimilation des deux mécanismes. Présentées de front par JUSTINIEN (3), par POTHIER et par le Code civil, leur étude conjointe ne se heurte à aucun obstacle.

302. — Changement des parties au cautionnement. Le changement de personnes affectant l'obligation liant la caution au créancier ne présente guère de difficulté. Si la novation, ou la délégation parfaite, est acceptée par les deux parties, la caution est libérée par extinction de son obligation.

303. — Changement des parties à l'obligation principale : le créancier. En revanche novation et délégation qui atteignent l'obligation principale et dont l'effet extinctif réflexe est invoqué par les cautions sont sources de procès.

La novation par changement de créancier apparaît fort rarement dans les recueils. Un seul exemple bien imprécis est fourni par un arrêt de la Chambre commerciale du 25 novembre 1974 (4). Une personne avait signé un aval sur le titre sans précision du bénéficiaire (et donc en garantie du tireur : art. 130 al. 6 C. com.) ; puis elle s'était engagée par aval séparé à garantir le tiré. Elle invoquait une novation par changement de créancier car son engagement séparé était plus lourd. Justement repoussée, cette argumentation ne pouvait pas libérer l'avaliseur (5).

Quant à la délégation active, elle éteint nécessairement le cautionnement qui garantissait la créance du délégant, la sûreté ne pouvant être reportée sur la créance nouvelle du délégataire. La seule raison qui empêche la délégation active d'être totalement évincée par la cession de créance réside dans son opposabilité immédiate aux tiers (6) : l'économie est faite d'une signification au débiteur délégué. Néanmoins le transfert d'une créance assortie d'une sûreté est effectué à meilleur compte par la cession.

304. — Changement de débiteur. Le changement de débiteur cautionné est au contraire un événement fréquemment invoqué comme cause de libération

(1) Cf. G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2 (1962), n° 841, p. 846.

(2) J. MACQUERON : *Histoire des obligations. Le droit romain*, 2^e ed° 1975, pp. 429 in fine et 429 bis.

(3) Digeste : 46-2 et Code 8-41.

(4) Bull. civ. 1974, IV, n° 299 ; Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 564 et 565, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(5) Cf. Les observations en ce sens des annotateurs précités.

(6) Cf. E. GAUDEMET : *Théorie générale des obligations* (publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET), réimpression, Paris, Sirey 1965, p. 453.

de la caution. Il est vrai qu'il constitue un événement grave puisque la solvabilité de ce débiteur commande la probabilité de l'exécution par la caution. La difficulté à laquelle se heurte la caution est d'établir la réalité de la novation ou de la délégation parfaite. Comme au cas où elle invoque une novation par changement d'objet ou de cause (1), elle doit établir l'existence d'un élément matériel (le changement de débiteur) et d'un élément intellectuel (l'intention novatoire) (2). Or le changement de débiteur n'est pas toujours patent (ainsi la transformation de la société débitrice n'emporte-t-elle pas novation) (3) et l'*animus novandi* n'est que rarement présent (comme dans l'hypothèse de fusion affectant la seule société débitrice où l'accord du créancier est inexistant (4) ou bien encore dans celle de remplacement du débiteur par la masse) (5).

Lorsque la délégation parfaite est établie, elle emporte novation et donc libération de la caution (6). L'extinction du cautionnement doit être considérée comme définitive, quand bien même l'insolvabilité du délégué aurait été certaine lors de la délégation. Certes l'article 1276 C. civ. ouvre un recours au créancier en cette hypothèse à l'encontre de son premier débiteur. Mais ce recours est fondé sur les notions de garantie et d'indemnisation et s'analyse en une action nouvelle, indépendante du lien de droit antérieur (7).

Les explications reposant sur une condition résolutoire sous-entendue par le législateur (8), sur une nullité due au défaut de solvabilité entendue comme une condition de validité (9), ou sur une erreur présumée du délégataire (10) et qui visent toutes à faire renaître l'obligation originaire et ses accessoires ne peuvent être retenues dans le silence du législateur. Les troubles engendrés par la disparition rétroactive d'une opération sont une raison suffisante pour l'écarter lorsqu'une voie meilleure est ouverte.

Au surplus l'article 1276 C. civ. accole à l'hypothèse d'insolvabilité du délégué lors de l'opération celle de réserves visant une insolvabilité future.

(1) Cf. supra n° 121.

(2) La Cour de cassation ne craint pas de le rappeler aux juges du fond : Com. 8 juillet 1975 : « attendu qu'en retenant ainsi une novation par changement de débiteur sans préciser que Benguella [le créancier] avait expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur originaire, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Le quotidien juridique 1976, n° 2, 3-6 janvier, p. 10).

(3) Cf. infra n° 319.

(4) Cf. infra n° 318.

(5) Com. 26 juin 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 202, p. 195.

(6) H., L. et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed° (1973) n° 1239, p. 1128.

(7) C. AUBRY et C. RAU : t. 4, 6^e ed° par E. BARTIN, § 324, note 51, p. 334 et les auteurs cités. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, 1^{er} vol., n° 844, p. 849.

(8) F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, t. 18, 4^e ed° (1887) n° 320, p. 347. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed° (1954), n° 1277, p. 681.

(9) H., L. et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1^{er} vol., n° 1243 in fine, p. 1130.

(10) A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10^e ed°, par L. JULLIOT de la MORANDIERE, Paris, Dalloz, 1948, n° 554, p. 389.

Il faut là encore penser que le créancier a entendu se ménager un recours en garantie, sauf s'il a stipulé expressément la résurrection du cautionnement. Les deux situations du texte sont ainsi résolues de façon identique. Moule dans lequel se glisse l'opération économique envisagée par les parties, la délégation parfaite conserve une rigidité qui est une condition de son efficacité.

La novation par changement de débiteur ne saurait avoir des effets moindres puisqu'elle est le principe dont la délégation ne constitue qu'une application. De plus l'absence d'un texte litigieux comme l'était l'article 1276 C. civ. évite l'hésitation. Que la novation ait été conclue avec l'accord de tous ou qu'il y ait eu expromission (1), l'obligation du règlement de la caution est éteinte.

305. — Garantie du nouveau débiteur. La seule possibilité de survie du cautionnement résulte de l'accession de la caution à l'obligation nouvelle et à son nouveau débiteur. Le maintien du cautionnement antérieur est particulièrement sollicité lorsqu'il s'agit d'un cautionnement réel, le plus souvent hypothécaire. Les cautionnements donnés par les sociétés de construction au bénéfice des prêteurs doivent être maintenus, et maintenus à leur rang, lorsque le souscripteur décide de revendre ses parts (2). La règle posée par la loi pour les sûretés réelles (art. 1279 al. 2 C. civ.) s'applique sans difficulté et peut même être généralisée à tous les cautionnements puisque l'accession a pour effet de principe de transférer l'ancien engagement et non d'en créer un nouveau (3). Seule une réalisation asynchrone de la novation et de l'accession permettrait de voir un nouvel engagement dans le consentement de la caution (4).

(1) De savants auteurs (G. RIPERT et J. BOULANGER : *Traité de droit civil*, t. 2, 1957, n° 1759 in fine, p. 637) doutaient du recours de la pratique à cette notion « car on ne voit pas pour quelle raison une personne accepterait de s'engager à la place d'une autre ». Les mécanismes économiques de la société apportent cette raison : l'associé suffisamment puissant fait souvent reprendre par « sa » société un engagement personnel ; la pratique des sociétés, surtout des petites, démontre la triste réalité de cette constatation : cf. notamment A.J. BELLANGER : *L'exception de non contrepartie*, Journal Agréés 1963, pp. 223 et suiv. et Rev. soc., 1964, pp. 169 à 178, spécialement n° 5.

(2) Cf. l'étude générale de M.M. DAGOT : *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, J.C.P. 1975, I, 2693, spécialement n° 25.

(3) Cf. supra à propos de la novation entre mêmes parties les éléments de la solution générale : n° 127.

(4) Solution rendue par Civ. 16 novembre 1971, Bull. civ. 1971, I, n° 289, p. 247 ; J.C.P. 1972, II, 17035, note P. SPITERI dans une espèce où le P.D.G. d'une société algérienne dont il était la caution avait signé un engagement garantissant la société ayant absorbé la sienne à concurrence du passif qu'elle avait repris. Cet engagement était postérieur de 4 mois à la dissolution de la société, et de 2 ans à la fusion.

Paragraphe 2

CONFUSION DES PARTIES

306. — **Principales causes de confusion.** La confusion nécessitant la réunion de la créance et de la dette dépendant d'une même obligation, elle ne peut exister que sous deux formes dans l'opération de cautionnement : confusion entre créancier et débiteur principal et confusion entre créancier et caution. Toutes les autres combinaisons sont extérieures à la confusion. Qu'elle soit la conséquence d'une dévolution successorale ou d'un transfert de droits entre vifs, la confusion présente les mêmes difficultés d'analyse.

La confusion des qualités de créancier et de débiteur dans la personne de l'héritier ou du légataire doit être rare en matière de cautionnement. Il serait en effet étonnant qu'une personne demande à son successible de cautionner l'obligation d'un tiers. Les relations de cautionnement entre parents sont plutôt des relations de débiteur à caution qui ne sont pas susceptibles de faire naître une confusion.

Au contraire les sources de confusion entre vifs sont loin d'être négligeables. A titre particulier, la cession de créance que le créancier fera à sa caution est fort possible (1). Plus fréquemment encore la confusion naîtra du transfert universel de patrimoine qu'entraîne la fusion des personnes morales. Le mouvement de concentration des entreprises que les pouvoirs publics encouragent (2) ainsi que les nécessités de la collaboration industrielle (3) favorisent la multiplication des fusions de sociétés. Or les nécessités de la concentration ou de la collaboration surtout verticales (4), mettent aux prises des entreprises ayant eu, antérieurement à la confusion, des rapports d'affaires multiples et tels que nombre de ces rapports contiennent un cautionnement ou lui servent de

(1) Ainsi par exemple si le porteur d'un effet de commerce remet le titre au donneur d'aval (cf. pour la remise gracieuse : P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, Aix, 1959, n° 193, p. 176).

(2) Cf. J. BURGARD : *Nécessités économiques et évolution du droit des sociétés : fusions et management*, Rev. soc. 1969, pp. 109 à 142, spécialement p. 109 et pp. 120 et suiv. — G. FARJAT : *Droit économique*, Paris. P.U.F., Thémis, 1971, pp. 120 et suiv. spécialement p. 125.

(3) Cf. M. VASSEUR : *Les formes juridiques de la collaboration industrielle*, Mélanges J. HAMEL : *Dix ans de conférences d'agrégation*, pp. 101 à 117, spécialement pp. 107 à 108.

(4) La distribution constitue le terrain privilégié des concentrations et collaborations verticales. La nécessité de ces concentrations entraîne et justifie leur multitude. Même si l'éventail des possibilités techniques permettant la réalisation de la concentration est large, la fusion y tient une bonne place (cf. pour l'étude de la concentration des circuits de distribution : J.M. MOUSSERON, J.J. BURST, N. CHOLLET, C. LAVABRE, J.M. LELOUP, A. SEUBE : *Droit de la distribution*, Paris, Librairies techniques, 1975, spécialement : *Les circuits courts ou la distribution recomposée*, pp. 119 à 311).

support (1). Enfin la confusion peut apparaître en matière cambiaire si le hasard remet entre les mains de l'avaliseur le titre qu'il a garanti (2).

Le mécanisme même de la confusion explique qu'il n'y ait aucun contentieux sur ses conséquences (3). Il est toutefois permis de penser que dans certaines hypothèses marginales le problème de l'étendue de ses effets se posera.

307. — Effet extinctif. Ayant classé la confusion parmi les événements extinctifs de l'article 1234 C. civ., le législateur a également disposé qu'elle «éteint la créance concernée» (art. 1300 C. civ.). Malgré cette position sans nuance et la précision que la confusion entre créancier et débiteur «profite à la caution» (art. 1301 C. civ.), doctrine et jurisprudence ne lui concédaient qu'un effet paralysant (4). Cette théorie, qui ne voulait voir dans la confusion qu'un obstacle de fait à l'exécution de l'obligation (5), a cédé devant l'analyse moderne (6) : la confusion n'est pas un simple fait matériel ; elle a été rangée par le législateur parmi les faits juridiques extinctifs de l'obligation concernée.

(1) La communauté d'intérêts financiers qui unit les sociétés d'un même groupe, ou d'un même secteur économique, peut provoquer une fusion entre les membres de ce groupe. Le fournisseur créancier peut ainsi absorber sa cliente, cautionnée par un dirigeant, ou sa caution.

(2) Il s'agit de l'hypothèse rare mais plausible dans laquelle le donneur d'aval reçoit le titre en paiement d'une valeur fournie étrangère à son engagement de garant. Cette situation se distingue évidemment de la reprise du titre après exécution de l'aval.

(3) Les seules décisions publiées concernent les fusions entre débiteur et caution et non des confusions entre créanciers et débiteur.

(4) Req. 11 mai 1926, D.H. 1926, 314. — Civ. 29 janvier 1930, D.H., 1930, 162. — Civ. 9 avril 1932, D.H., 1932, 268. — Civ. 12 juillet 1933, D.H. 1933, 441 ; S. 1935, 1, 289, note G. LAGARDE. — Civ. 12 novembre 1946, 345, 1ère espèce, note J. PERCEROU ; S. 1948, 1, 85. — Com. 9 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956, 2, 331 ; D. 1957, somm. p. 8 ; — Civ. 16 novembre 1959, J.C.P. 1960, II, 11837, note PEROT-MOREL ; Gaz. Pal. 1960, 1, 61 ; D. 1960, somm. p. 42.

Doctrine : R.J. POTHIER : *Des obligations*, t. 3, n° 645. — M. DURANTON : *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 12, n° 481. — L. LAROMBIERE : *Théorie et pratique des obligations*, t. 3, article 1300, n° 3. — C. DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. 10, n° 684. — A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, t. 5, n° 252 bis, IV. — F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, t. 18, n° 487, p. 501. — C. AUBRY et C. RAU : *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^e ed°, par E. BARTIN, § 330. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed°, n° 1300, p. 711.

(5) Cette analyse était héritée des jurisconsultes romains, notamment des proculiens qui combattait ainsi la thèse selon laquelle la confusion aurait réalisé un paiement : cf. J. MACQUERON : op. cit. p. 438. — P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, t. 1, 2^e ed° (1969), n° 197, pp. 222 à 224.

(6) P. ESMEIN : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1ère ed°, V° CONFUSION, n° 26, 29 et suiv. ; 2^e ed°, ibidem. — G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2, n° 1958, p. 697. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, 1er vol., n° 855 et 856, pp. 858 et 859. — H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1er vol., 5^e ed°, n° 1139, p. 1054. — Cf. aussi : Civ. 8 décembre 1965, D. 1966, 407, note R. SAVATIER. L'arrêt faisant mention de la «relativité de l'effet extinctif de la confusion».

En conséquence sa survenance anéantit l'obligation et les atténuations de bon sens proposées sous le vocable de la «relativité de l'effet extinctif de la confusion» (1) n'entament pas son efficacité (2). Bien évidemment une annulation des effets de l'évènement qui a entraîné la confusion (annulation de l'acceptation de la succession, de la cession de créance, de la fusion de sociétés) entraîne une disparition rétroactive de la confusion et de son pouvoir extinctif. En revanche la disparition pour l'avenir seulement de l'état qui justifiait la confusion n'a pas la même conséquence. Cette disparition ne peut survenir que par la volonté de l'intéressé qui décide de vendre ses droits héréditaires, de revendre la créance acquise, de scinder la société née de la fusion. Outre que cette situation ne saurait faire échec à une extinction déjà consommée, l'iniquité qui résulterait de la possibilité pour l'intéressé de faire revivre la créance au préjudice des tiers conduit à retenir l'extinction définitive du cautionnement, ce qu'admettent même certains défenseurs de l'effet paralysant (3). La confusion a donc sur le cautionnement un effet extinctif radical (4).

308. — Effets de la confusion créancier-caution. La confusion frappant créancier et caution éteint le cautionnement à titre principal. Peu importe alors que la dette garantie survive (art. 1301 al. 2 C. civ.). Quant aux cofidélus, leur sort ne va pas sans complication. Si leur engagement n'exclut pas le bénéfice de division, ils vont pouvoir l'invoquer à l'encontre du créancier-caution qui les poursuit et ainsi être libérés au prorata de la part confondue. Si au contraire leur engagement exclut le bénéfice de division, notamment en raison de la stipulation d'une solidarité, les cofidélus restent tenus dans les mêmes conditions que le débiteur, c'est-à-dire du tout. En effet les codébiteurs solidaires ne sont libérés que de la portion confondue (art. 1301 al. 3 C. civ.) : or celle représentée par une caution est nulle.

Toutefois le recours au bénéfice de subrogation de l'article 2037 C. civ. peut améliorer le sort des cofidélus dans le cas où la confusion résulte d'un acte volontaire du créancier (cession de créance ou fusion de sociétés). En effectuant cette confusion, le créancier a diminué les sûretés dont sa créance était munie et a privé les cofidélus restants d'un recours contre l'un d'entre eux. Ils sont donc déchargés à proportion de ce préjudice, c'est-à-dire à proportion de la part virile de la caution disparue.

(1) Cf. leur liste in *Encycl. Dalloz*, précitée, n° 29 et suiv.

(2) Tout au plus pourrait-on soutenir que la confusion fait seulement disparaître la Haftung en laissant subsister le Schuld. Mais en ce cas l'obligation perd son pouvoir de contrainte et ne peut plus lier la caution.

(3) C. AUBRY et C. RAU : t. 4, 6^e ed° par E. BARTIN, § 330 in fine.

(4) P. ESMEIN : op. cit. n° 37 et n° 50. — D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^{ère} ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 254. — H., L. et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1^{er} vol., n° 1140 ; t. 3, vol. I, n° 22.

Enfin le certificateur de la caution doit à la règle de l'accessoire d'être déchargé puisque le cautionnement principal constitue pour lui l'obligation garantie (1).

309. — Effets de la confusion créancier-débiteur. La confusion atteignant le créancier et le débiteur principal n'affecte le cautionnement qu'à titre accessoire. Cela suffit pour qu'elle entraîne son extinction, ainsi que le confirme l'article 1301 C. civ. La règle est générale et vaut autant pour les cautionnements solidaires que simples ; le régime de la solidarité renforce d'ailleurs la solution découlant de celui du cautionnement (2). De même l'avaliseur peut exciper de la confusion des qualités du signataire garanti, que le titre ait circulé ou non (3). Quant au certificateur de la caution, la réaction en chaîne remonte jusqu'à lui pour éteindre également son engagement.

On constate donc en conclusion que la confusion est bien, au sens strict de réunion des qualités de créancier et de débiteur, un événement extinctif de l'obligation de règlement de la caution. Sa nature de mécanisme traditionnel pourvu par le législateur d'un pouvoir extinctif conduit nécessairement à cette solution. Hors de ce cadre la considération de la personne n'a plus la même force et ne peut justifier l'extinction des dettes existantes.

(1) Contra : C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n^o 70, p. 78 et n^o 145, p. 145 ; ces auteurs font reposer la survie de l'engagement du certificateur sur le fait que l'exécution n'est pas à son égard rendue impossible par la confusion. Nous avons vu que cette analyse de la confusion doit être rejetée ; la stérilité et l'iniquité de la solution qu'elle entraîne ici est un argument supplémentaire à son encontre.

(2) En effet, puisque le codébiteur solidaire ne reste tenu que pour sa part après la confusion frappant l'autre débiteur, et puisque la caution solidaire n'a aucune part dans la dette, elle ne peut qu'être libérée. Cf. P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, Aix 1959, n^o 119, p. 109. — Comp. cependant H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, vol. 1, 5^e ed^o (1977), n^o 49, pp. 55-56, qui restent dans l'expectative pour ne pas avoir poussé le raisonnement à son terme.

(3) Cf. B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, Paris, L.G.D.J., 1954, § 183, p. 206.

SECTION II

LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE
EN DEHORS DES MECANISMES TRADITIONNELS D'EXTINCTION

310. — Variété des situations invoquées. L'obligation de règlement de la caution ne présente, en règle générale, aucune particularité susceptible d'entraîner son extinction en dehors des mécanismes traditionnels. Malgré cette affirmation toute de rigueur juridique, les cautions ne manquent pas d'invoquer leur situation pitoyable, l'absence de contrepartie qu'elles retirent de l'opération et la surprise que cause la demande en paiement pour implorer l'extinction de leur engagement au motif que la personne des parties a subi un avatar quelconque. Plusieurs motifs sont ainsi invoqués : le décès et la perte des qualités (§ 1), la cession (§ 2), le changement d'activité du débiteur (§ 3) ou les modifications atteignant les personnes morales impliquées (§ 4).

Paragraphe 1

LE DECES ET LA PERTE DE QUALITES

311. — Absence d'effet extinctif, sauf *intuitus personae*. En droit romain archaïque le décès était une cause générale d'extinction des obligations. Elle ne survécut ensuite que pour «certaines obligations à caractère particulièrement personnel, telles... le cautionnement» (1), mais perdit ce rôle dès la fin de la République avec la *fidejussio*, c'est-à-dire dès que les nécessités économiques imposèrent une sûreté stable et fiable. Tant activement que passivement, l'obligation se transmet aux héritiers et le changement de personne qu'entraîne le décès ne justifie pas la dissolution du lien obligatoire.

L'exception n'a cours que lorsqu'un *intuitus personae* particulièrement fort peut lutter contre le principe de transmission des dettes reposant sur la continuation de la personne du défunt, la protection du créancier et la

(1) P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : op. cit., t. 1, 2^e ed^o, n^o 197, p. 223.

sécurité des transactions. Ces conditions ne sont pas réunies en cas de simple considération de l'absence de défauts du débiteur initial, que l'on a appelé l'intuitus personae négatif (1). En effet les mêmes caractéristiques se retrouvent globalement dans la personne de l'héritier et la transmission trouve dans l'étroitesse des liens familiaux (l'intuitus familiae) une justification supplémentaire à sa rigueur. Au contraire l'intuitus personae positif justifie que la disparition de la personne entraîne celle de l'obligation qui lui était attachée. Puisque la personne du débiteur (ou du créancier) est en elle-même l'objet de l'obligation, son décès emporte l'impossibilité d'exécuter l'objet et donc l'extinction de l'obligation.

L'intuitus personae peut être attaché à la personne de l'une quelconque des parties ; créancier, débiteur ou caution, et le décès de celle-ci entraîne alors extinction de l'obligation de règlement. Il convient toutefois de noter que l'hypothèse est peu courante concernant un engagement cautionné. Il n'est pas inconcevable mais rarissime que l'on exige du créancier des qualités particulières pour recevoir l'exécution (2). Quant au débiteur, il est rare qu'une obligation cautionnée soit contractée intuitu personae. On l'a justifié en soutenant que soit l'intuitus personae est alternatif, englobant le débiteur et la caution, soit il n'est pas (3). A notre avis le cautionnement d'une obligation intuitu personae est fort possible, même si la considération de la personne de la caution n'a pas imprégné la sûreté. La caution doit en effet exécuter l'obligation juridique du débiteur, mais la prestation peut être différente, à condition d'être équivalente. Il n'en demeure pas moins que la satisfaction morale que le créancier retirera d'une exécution par la caution ne sera pas identique, même si sa satisfaction économique est équivalente. Ceci explique la rareté en pratique des cautionnements d'obligation intuitu personae. Néanmoins sa possibilité technique permet de retenir le décès du débiteur comme mode d'extinction du cautionnement.

312. — Décès de la caution ; Perte des qualités. La considération de la caution sera rarement telle qu'elle interdise une reprise par les héritiers de la dette de leur auteur. L'intuitus personae que le créancier peut attacher à la personne de la caution sera surtout négatif (ne pas être insolvable ou risquer de le devenir). Cette absence de défaut pouvant fort bien se retrouver dans

(1) M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris 1974, dactyl., n° 180 à 184, pp. 253 à 260.

(2) L'on ne saurait soutenir que l'art. 2037 C.civ., en sanctionnant le créancier fautif de n'avoir pas conservé toutes les sûretés, introduit dans le cautionnement une considération particulière des qualités du créancier. Cette considération est possible dans tel cas d'espèce ; elle n'est pas générale à tous les cautionnements.

(3) M. CONTAMINE-RAYNAUD : Thèse précitée, n° 113 à 115, pp. 154 à 157. L'intuitus personae est alternatif lorsque le créancier s'estime satisfait par l'exécution de la caution tout autant que par celle du débiteur principal. Si cette extension à la caution n'a pas été réalisée, la seule présence d'un cautionnement fait disparaître l'intuitus personae de l'obligation principale.

la personne des héritiers, l'obligation de règlement survivra au décès de la caution. Le cas particulier trouve donc la même solution que le cas général, réglé par l'article 2017 C. civ. Nous retrouverons ce texte et sa rédaction imprécise lors de l'étude de l'obligation de couverture (1) pour laquelle son application est rejetée. Mais pour l'obligation de règlement, la solution ne fait aucun doute. Il est d'ailleurs rare que les héritiers des cautions le contestent (2).

De lege ferenda, peut-on souhaiter une modification de cette solution ? S'il est inutile de recenser les arguments des partisans du maintien du cautionnement dans le droit commun (3), ceux des adversaires méritent attention. L'idée générale qui justifierait une reconsidération du sort de l'héritier de la caution repose sur l'ignorance qui trop souvent entoure l'existence d'une dette de cautionnement lors de l'acceptation de la succession. Les héritiers qui ne trouvent dans les documents du défunt aucun acte, aucune trace du cautionnement, qui ne découvrent dans son patrimoine aucun avantage susceptible de provoquer la recherche de la contrepartie peuvent légitimement ignorer le poids qui grève le patrimoine héréditaire. L'acceptation une fois effectuée, les règles du droit successoral interdisent toute atténuation ou annulation (4). C'est donc dans le droit des obligations qu'il faut trouver le palliatif aux situations dramatiques qu'elle peut engendrer.

La dette certaine, liquide mais non encore exigible de cautionnement ne se transmettrait aux héritiers que si le créancier pouvait établir la connaissance qu'en avaient ceux-ci lors de l'acceptation. Cette brèche dans le droit commun de la transmission serait justifiée par la nature même du cautionnement.

(1) Cf. infra n° 347 et suiv. pp. 450 et suiv. et spécialement n° 351, pp. 454 et 455.

(2) Ils invoquent d'autres causes d'extinction mais non le décès : par exemple : Civ. 17 juillet 1962, Bull. civ. 1962, I, n° 380, p. 328 ; J.C.P. 1962, Som. p. 126. V° Caution-Cautionnement (Les héritiers arguaient de l'invalidité d'une cession et de l'absence de solidarité). -- Civ. 5 octobre 1964 : Bull. civ. 1964, I, n° 419, p. 326 ; D. 1965, J. 42 ; Rev. trim. dr. civ., 1965, p. 344, obs. J. CHEVALLIER (invocation du bénéfice de subrogation). -- Com. 23 mai 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 169, 150 (invocation d'une remise onéreuse de dette). -- Civ. 22 juin 1976, Bull. civ. 1976, III, n° 276, pp. 212-213 (aucun des 22 héritiers n'a contesté, semble-t-il, la transmission de la dette).

(3) L'histoire apporte des échos divers mais l'évolution est révélatrice des tendances à la transmission. De même que la sponsio et la fidepromissio (intransmissibles) furent supplantées par la fidejussio (héréditaire) sous la République romaine, « dans les systèmes juridiques du bas Moyen-Age en Europe, l'évolution du caractère strictement personnel au caractère héréditaire de la fonction du garant est générale » (J. GILISSEN : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général*, Art. précité, Rec. Sté J. Bodin, t. 28, p. 102). Pour le développement de cette affirmation : ibid, pp. 102 à 104).

(4) Comp. toutefois le droit suisse qui, après de nombreuses hésitations, a inséré dans son Code civil fédéral de 1907 un système complexe de responsabilité restreinte des héritiers de la caution (art. 591 C. civ.). Sur la genèse et le contenu de ces dispositions, cf. R. SALEILLES : *La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse*, Bull. soc. étud. législ. 1911, pp. 476 à 512, spécialement pp. 503 à 505. Adde : A. STAEHELIN : *Die persönlichen Sicherungen im schweizerischen Recht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Rec. Sté J. Bodin, t. 30, *Les sûretés personnelles* (3ème partie) pp. 323 à 353.

Dettes affectées d'une incertitude jusque dans la demande d'exécution, dette sans contrepartie envers un créancier que l'on ne désire pas gratifier, dette souvent disproportionnée par rapport aux moyens de la caution, elle ne devrait pas ressortir améliorée du décès de la caution (1).

A l'encontre de ces raisons de cœur se dressent des motifs tout aussi généreux et équitables en sens opposé. Il appartenait au de cujus de mentionner dans ses livres personnels la dette qu'il avait contractée. Sa faute d'omission rejaillit sur ses héritiers qui doivent en supporter les conséquences, de la même façon qu'ils doivent indemniser les victimes d'un acte dommageable commis par le défunt et dont les conséquences préjudiciables n'apparaîtraient qu'après le décès. Surtout, le traditionnel et toujours solide argument de la sécurité des transactions justifie la transmission de la dette déjà née : «La société vit de crédit. Il n'est pas possible que les relations économiques de ses membres soient précaires à ce point d'être rompues brusquement par la mort» (2).

Le créancier engagé en considération de l'existence d'une caution subirait une perte sèche si le décès de son garant libérait ses héritiers. Cette iniquité ne serait pas plus tolérable que celle qui, dans certains cas, frappe ceux-ci.

En réalité ce n'est pas tant le décès qui justifierait l'extinction du cautionnement que la perte corrélative de la qualité en vertu de laquelle l'engagement avait été contracté. Tel dirigeant bénévole d'association ou de coopérative qui garantit le remboursement des prêts accordés à son groupement doit pouvoir se libérer en même temps de ses fonctions et de son engagement. Le cautionnement était attaché aux fonctions plus qu'au patrimoine de l'intéressé ; il était attaché à la qualité de dirigeant plus qu'à la personne du dirigeant. La considération exclusive de cette qualité indépendamment des caractéristiques propres de l'individu autorise la transmission du cautionnement avec les fonctions. Les seuls documents matérialisant l'engagement se trouveront d'ailleurs dans les registres du groupement, permettant ainsi l'information du successeur.

Une telle cession est parfaitement possible du consentement exprès des parties intéressées. Mais cela est rarissime. Est-elle possible également ipso jure ? Il faudrait pour cela inclure une acceptation générale par le créancier de la substitution de caution du seul fait de la substitution de dirigeant, la qualité de caution étant considérée comme dépendante de celle de dirigeant. Il faudrait aussi considérer que le nouveau dirigeant accepte en pleine connaissance la charge d'un engagement inhérent aux fonctions qu'il assume. Si rien n'interdit le raisonnement en ce qui concerne le créancier, il butte du côté de la caution sur l'article 2015 C. civ. et l'exigence d'un consentement exprès.

(1) Ces considérations ont inspiré le législateur autrichien qui, bien que contemporain du Code Napoléon, a édicté l'extinction du cautionnement «3 ans après la mort de la caution si le créancier a négligé dans l'intervalle de sommer judiciairement ou extrajudiciairement les héritiers d'acquitter la dette échue» : art. 1367, C. civ. autrichien.

(2) J. PERCEROU : *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, Rev. trim. dr. civ. 1905, pp. 535 à 612, spécialement p. 545.

Le décès comme la disparition de la qualité à laquelle le cautionnement était attaché nous paraissent donc insusceptibles d'éteindre ou de transférer automatiquement l'engagement contracté par la caution. Seules des stipulations contractuelles, qu'il est d'ailleurs loisible d'inclure dans les formulaires de cautionnement, pourraient atteindre ce résultat.

Paragraphe 2

LA CESSION

313. — Absence d'effet extinctif. La nécessité de transférer à un tiers les droits résultant d'une obligation se fit très tôt sentir. Cette nécessité fut même si impérieuse que les Romains n'hésitèrent pas à malmener les principes régissant leur conception strictement personnelle de l'obligation pour lui faire une place (1). De même le développement du commerce à compter du XIII^e siècle entraîne-t-il l'apparition des titres à ordre ou au porteur (2). Les impératifs économiques bousculent les traditions juridiques. De même que la créance doit pouvoir être transmise telle quelle avec ses qualités et ses vices, de même ses accessoires et sûretés doivent l'accompagner. Ce transfert est même l'utilité fondamentale d'une cession par rapport à la novation (3). Il est certes des arguments tenant aux modifications entraînées qui ont été soutenus : le changement de créancier peut rendre la situation de la caution plus inconfortable en raison de la personnalité du nouveau créancier (4) et de la disparition possible de certaines exceptions (5). Ces modifications ne revêtent pas une importance suffisante pour renverser le principe lorsque la dette, déjà fixée dans son quantum, ne peut subir que des variations mineures.

(1) J. MACQUERON : *Histoire des obligations, droit romain*, précité, pp. 393 à 397.

(2) P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, précité, n° 218, pp. 239-240.

(3) La Cour de cassation a dû rappeler récemment que : « la cession de créance qui n'a pas d'effet novatoire, ne donne pas naissance à une obligation nouvelle ». Civ.1 27 octobre 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 311, pp. 249 et 250 ; D. 1977, I.R., p. 5. V° Cession de créance ; J.C.P. 1976, IV, p. 373 V° Caution-Cautionnement.

(4) L'argument fut vigoureusement soutenu par DUMOULIN en faveur de la libération de la caution. Sur la subrogation : cf. J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, Thèse, Aix 1976, Paris, L.G.D.J., 1979, n° 465, pp. 520-521, texte et note 83.

(5) Cf. C. LARROUMET : *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse précitée, n° 27 et suiv., pp. 47 et suiv., pour qui il y a « modification véritable de la situation juridique du cédé du fait de la cession ».

Très tôt donc la cession du cautionnement en même temps que celle de l'obligation principale sera admise. La cession ne doit donc pas être un événement extinctif de l'obligation de règlement. Aucune des différentes formes de cession n'enfreint ce principe (1).

314. — Cession de la créance principale. La cession de la créance principale, qu'elle se réalise selon les procédés civils (art. 1690 C. civ.) ou par la tradition (titre au porteur) ou l'endossement (titre à ordre), «comprend les accessoires de la créance, tels que [la] caution...» : art. 1692 C. civ. Qu'il s'agisse d'une créance ordinaire, d'une copie exécutoire à ordre (2), d'un effet de commerce (3) ou d'une obligation émise par une société anonyme et garantie par un tiers ou par l'Etat (4), la cession emporte cession corrélatrice du cautionnement (5).

Faut-il faire une exception lorsque la créance cédée est l'une des dettes couvertes par un cautionnement général ? Le cas a été posé à propos du cautionnement global de toutes les dettes d'un débiteur envers une banque (6). La banque avait escompté à un tiers des traites acceptées par le débiteur cautionné. A l'échéance la traite resta impayée ; plutôt que de poursuivre la caution, la banque contrepassa le montant des traites dans le compte du tiers et lui restitua les effets. Ce tiers se prétendit alors titulaire, en raison de sa subrogation dans les droits de la banque, d'une action contre la caution. La Cour de cassation la lui refusa fort catégoriquement.

(1) L'unanimité des législations européennes en la matière étaye le bien-fondé de la règle (art. 1263 al. 1, C. civ. italien, § 401 al. 1, B.G.B. ; art. 1569 Code néerlandais (B.W.) : Cf. Rapport de Max Plank Institut sur le *cautionnement dans les Etats membres des Communautés Européennes*, précité, n° 95, p. 108.

(2) Cette copie exécutoire à ordre remplace, aux termes de la loi du 15 juin 1976, les anciennes grosses au porteur ou à ordre nées de la pratique notariale. — L'application à des créances civiles des techniques cambiales ne va pas sans quelques difficultés. Ainsi la caution qui n'a pas exigé la mention de la résiliation de son engagement sur une grosse au porteur qu'elle garantissait demeure tenue : Civ.1 27 avril 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 141, pp. 112-113.

(3) Sur la cession des titres négociables abstraits, cf. C. LARROUMET : *Les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse, Bordeaux 1968, n° 240 à 250, pp. 560 à 581.

(4) Les emprunts obligataires sont le plus souvent émis par un groupement (société ou aujourd'hui, mais rarement, un G.I.E : art. 5 Ord. 23 septembre 1967) rassemblant les sociétés participantes, chacune garantissant le remboursement des titres (G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 1, 7^e ed°, (1972), n° 1422, p. 789).

(5) La seule hypothèse contraire est celle d'une cession de la créance principale à la caution. Plus qu'une remise de sa propre dette à la caution, l'opération l'enrichit du droit de poursuivre le débiteur et les cofidéjusseurs. L'hypothèse se réalisera surtout par le transfert à la caution du titre matérialisant à la fois son engagement et la créance principale (copie exécutoire à ordre, effet de commerce, obligation...), cf. : P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiale*, Thèse, Aix 1959, n° 112, p. 104 et n° 193, p. 176, qui considère que c'est la seule façon de réaliser une remise de dette en matière cambiale.

(6) Com. 11 avril 1962, Bull. civ. 1962, III, n° 229, p. 187.

Engagée sur le terrain de la cession, la solution eut dû être différente. Il n'y a pas dans le cautionnement général une dose de considération de la personne du créancier suffisante pour empêcher la cession par celui-ci des créances déjà nées et automatiquement garanties.

315. — Cession de contrat et de dette. La cession du contrat principal par le créancier de l'obligation cautionnée ne pose aucun problème spécifiquement différent. En revanche la cession du contrat principal par le débiteur, seule façon pour lui de céder la dette garantie, ne va pas sans difficulté. En effet, si l'on peut hésiter à admettre que la considération de la personne du créancier est déterminante du consentement de la caution, l'unanimité se fait à juste titre pour reconnaître que celle du débiteur principal est primordiale. Sa solvabilité à l'échéance, ses qualités d'honnêteté ou de pugnacité, sa volonté de remboursement ultérieur en cas de difficulté déterminent assurément la caution. Et les nombreux auteurs qui estiment que le cautionnement est un contrat intuitu personae n'envisagent sous cette qualification erronée que les relations débiteur-caution (1). Le changement de débiteur non accepté par la caution paraît tellement contre nature, même pour une dette née et figée en montant et caractères, que les droits qui acceptent la reprise de dette concèdent en ce cas l'extinction du cautionnement : le § 418 du B.G.B. dispose ainsi qu'en cas de Schulduebernahme (reprise de dette) les cautionnements s'éteignent ; il en est de même en droit suisse (2).

Puisqu'aucune théorie de la cession de dette n'est fermement constituée en droit français, ses implications n'ont pas été assurées. L'on ne peut trouver que des appréciations casuelles, toutes d'ailleurs en faveur de la survie du cautionnement. Ainsi les auteurs classiques dissertèrent-ils sur le sort de la caution de l'usufruitier en cas de cession de l'usufruit. Les uns maintiennent l'engagement de la caution au motif que le cédant demeure tenu (3) ; les autres arguent du changement de personne et de l'aggravation de la dette que cela

(1) Cf. par exemple M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse précitée, n° 112, p. 153. — Comp. P. VOIRIN : Note au D.C. 1933, 2, pp. 1 à 4, sous Nancy 1er mars 1932, spécialement p. 2, 1ère colonne, qui remarque justement : « La caution rend un service d'ami : son intervention se colore d'un intuitus personae qui s'oppose à ce que la notion de crédit qui en est l'objet puisse être détournée de son but ou mise au service d'intérêts indifférents à la caution ».

(2) C.O. 178 al. 2 et surtout C.O. 493 al. 5 : « Lorsque la dette est reprise par un tiers et que le débiteur est libéré de ce fait, le cautionnement s'éteint à moins que la caution n'ait consenti par écrit à cette reprise ». — Cf. P. ENGEL : *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, n° 279, p. 604.

Sur l'ensemble des deux droits, cf. H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, n° 1277 et suiv., pp. 1158 et suiv.

(3) G. BAUDRY-LACANTINIERE et A. WAHL, très affirmatifs, t. 24, 3^e ed°, n° 1147, pp. 600 et 601 qui citent (note 10) en leur faveur P. PONT et AUBRY et RAU alors que la position de ces derniers est fort énigmatique.

pourrait entraîner pour libérer la caution (1). Sur cet exemple les généralisations parfois effectuées prêtent le flanc à la critique car il s'agit en l'espèce non pas du cautionnement d'une obligation de règlement (donc d'une dette née et quantifiée), mais du cautionnement de l'obligation successive «de jouir en bon père de famille» (art. 601 C. civ.). C'est donc à l'aide des critères de solution propres à l'obligation de couverture que la question doit être résolue (2).

Le problème reste ouvert concernant les dettes de règlement. La principale difficulté présentée par la cession de contrat concerne la libération du cédant. Cette libération est subordonnée à la volonté du cédé, c'est-à-dire du co-contractant à qui l'on impose un changement de partenaire (3). Sans son accord, le cédant demeure tenu aux côtés du cessionnaire (4) ; l'essentiel du problème est alors d'obtenir cet accord ; l'analyse d'une attitude ambiguë ne saurait y suffire car la jurisprudence estime à juste titre que le cédé doit être protégé. Ni une simple connaissance de la cession, ni a fortiori son silence ne peuvent l'engager (5). Certains contrats tentent par des stipulations coercitives de forcer l'adhésion du cédé à la libération du cédant (6). Néanmoins la tendance générale est au maintien de l'engagement du cédant (7).

Le maintien de l'obligation de règlement de la caution en dépit de la cession du contrat trouve ainsi dans les usages la force qui en fera la règle que la nécessité économique impérieuse exige. Quelle serait en effet la valeur d'un contrat que le cédé a trouvé trop faible pour se passer d'un cautionnement et qui perdrait cette garantie en changeant de débiteur ? Si le cautionnement n'est

(1) Cf. particulièrement le plaidoyer de L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et ses transactions*, 2^e ed°, n° 71, pp. 84 et 85. — Adde : TROPONG : *Du cautionnement*, II, n° 153. — PROUDHON : *De l'usufruit*, II, n° 861.

(2) Cf. infra n° 334.

(3) Cf. P. DIENER : *Le silence et le droit (Essai sur le silence en droit privé)*, Thèse Bordeaux 1975, Dactyl., n° 188, pp. 203 et 204 et les auteurs cités. — Adde : C. LAPP : *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Thèse Strasbourg, 1950. — C. VILAR : *La cession de contrat en droit français*, Thèse Montpellier 1968. — C. LARROUMET : *Les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse Bordeaux 1968, n° 122 à 127, pp. 292 à 300. — J. BECQUE : *La cession de contrat*, Etudes de droit contemporain (Congrès internat. de droit comparé), t. XV-II, pp. 89 à 110, spécialement pp. 107 à 109. — P. MALAURIE : *La cession de contrat*, Rép. Defrénois, 1976, pp. 1009 à 1038, spécialement n° 48 et 49, pp. 1032 et 1033.

(4) Et tant que le débiteur cautionné reste tenu, la caution l'est également, aucune modification n'altérant son engagement : par exemple en cas d'apport en société d'un fonds de commerce (y compris son passif dont une dette cautionnée), la Cour de cassation a jugé que «l'engagement des [autres associés] n'avait pas opéré une novation et ne constituait qu'une délégation imparfaite, laissant subsister l'engagement du [débiteur cautionné]» : Civ. 6 janvier 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 9, p. 7.

(5) Ass. Plén. 14 février 1975. D. 1975, J., p. 349.

(6) La prévision du versement d'une indemnité importante en cas de refus d'agrément serait ainsi un efficace moyen de pression, inspiré de la législation sur le renouvellement des baux commerciaux.

(7) Cf. P. MALAURIE : *La cession de contrat*, art. précité, n° 48 et 49, pp. 1032 et 1033.

juridiquement qu'un accessoire de l'obligation principale, il en est économiquement une pièce vitale. La cession du bloc s'impose, même passivement.

316. — Cession du cautionnement. La liaison du cautionnement à la dette qu'il garantit est en contrepartie l'obstacle dirimant à une cession isolée de la sûreté. Passivement la cession ne se conçoit pas. L'incessibilité isolée des dettes interdit à la caution de se défaire de son obligation. Quant à déguiser le transfert en une cession de contrat, l'esprit de l'institution s'y oppose, même si la cession des contrats unilatéraux est possible (1). Cette incessibilité est moins le reflet de «la considération d'une personne que de la considération d'un patrimoine» (2) ; mais le patrimoine n'est-il pas la projection économique de la personnalité juridique ? (3).

La cession active du cautionnement ne se heurte pas aux mêmes obstacles mais en trouve de nouveaux qui interdisent sa réalisation. Qu'on l'admette comme cession d'un contrat unilatéral ou comme cession de créance (4), le résultat est identique : la relation entre le cautionnement et l'obligation qui le soutient est trop étroite pour que l'accessoire puisse s'échapper seul (5). Le cautionnement ne peut pas vivre une existence autonome et garantir une autre dette du même débiteur envers un autre créancier (6). L'opération entraîne nécessairement novation.

(1) Comp. P. MALAURIE : art. précité n° 30, p. 1023 qui admet la cession des contrats unilatéraux aussi bien passivement qu'activement.

(2) P. VOIRIN : Note au Dalloz 1928, pp. 197 à 199 sous Lyon 16 mai 1928, spécialement p. 198, 1ère col.

(3) L'impossibilité d'une cession passive du cautionnement impose aux parties qui doivent nécessairement procéder à un changement de caution de recourir à la technique plus vague de la substitution.

— 1) Substitution de la caution d'un emprunt obligataire en cas de disparition de la société caution par fusion ou scission. (Cf. J. DI VITTORIO : *Les substitutions de garant dans les emprunts obligataires*, Gaz. Pal. 1975, 1, doct., pp. 549 à 551). Si la société originairement caution subsiste (apport partiel d'actif), elle peut se libérer de sa dette sans l'accord de la masse en usant des mécanismes propres à la scission (art. 386 Loi 1966) : l'hypothèse est marginale et sa solution fort discutable. (Comp. J. DI VITTORIO : art. précité, II. B, pp. 550-551, qui la soutient vigoureusement).

— 2) Substitution de la société immatriculée à ses fondateurs dans les engagements qu'ils ont contractés pendant sa fondation, en application de l'art. 5 loi 1966.

Ces deux hypothèses de substitution sont des exceptions légales au principe d'incessibilité des dettes.

(4) L'assimilation est faite en ce qui concerne l'efficacité de la cession réalisée sans l'adhésion du cédé : cf. G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, n° 828, β, p. 833.

(5) L'accessoire dépendant ne peut pas, sauf exception législative, acquérir l'indépendance. Cf. G. GOUBEUX : *La règle de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Strasbourg, L.G.D.J., 1969, n° 48 in fine, p. 82 et n° 59, pp. 104 et 105.

(6) La même position a été soutenue en ce qui concerne l'hypothèque avec la réserve évidente que l'assentiment du titulaire du bien grevé permet la cession : B. MAUBRU : *La transmissibilité de l'hypothèque*, Thèse, Toulouse, 1974, pp. 131 et 132. — Contra cependant : J. VIATTE : *La transmission de l'hypothèque sans la créance garantie*, Gaz. Pal. 1975, 2, Doctr., pp. 513 et 514, spécialement C, p. 514.

En résumé, la cession ne peut être un évènement extinctif du cautionnement. La considération de la personne ne joue pas, pour les dettes de règlement, un rôle suffisamment important pour constituer un frein au transfert de la sûreté en même temps que la créance garantie. La règle vaut même en cas de transfert de la dette garantie dans le cadre d'une cession de contrat. Enfin la caution ne peut espérer se décharger de sa dette en cédant son fardeau, la nature accessoire du cautionnement s'y opposant.

Paragraphe 3

LES AVATARS DES PERSONNES MORALES

317. — Prétextes invoqués par les cautions. Faute de statistiques l'on ne peut savoir si les personnes morales sont plus nombreuses à susciter des cautionnements que les personnes physiques, mais l'impression qui se dégage de la pratique commerciale est bien qu'elles en sont les principales pourvoyeuses. En usant du cautionnement comme de l'antidote à la limitation de la responsabilité dans la S.A. et dans la S.A.R.L., les principaux créanciers et notamment les banques favorisent sa multiplication.

La personnalité morale étant bien plus maléable que la personnalité physique, les soubresauts dont elle est l'objet ne sont pas sans influence sur le sort du cautionnement. Bien souvent les dirigeants d'une S.A., caution de leur société, invoquent la modification affectant la société débitrice pour refuser l'exécution de leur engagement.

La question de l'influence que la fusion ou la transformation d'une société peut avoir sur le cautionnement est souvent mêlée à celle de la perte par la caution de la qualité qu'elle avait lors de la signature de son engagement. En effet fusion et transformation d'une société s'accompagnent parfois d'un remaniement de l'équipe d'administration. Le dirigeant caution qui perd sa place et son rôle dans la société réformée invoque la disparition de ses responsabilités pour solliciter l'extinction de son cautionnement. L'argument n'est pas dénué de portée en ce qui concerne l'obligation de couverture et nous le retrouverons dans le cadre de son étude. En revanche, confrontées aux principes qui régissent les dettes déjà nées et donc l'obligation de règlement, il s'avère inefficace.

Trois péripéties affectant les personnes morales ont donné lieu à contentieux : la fusion de la société débitrice avec une société tierce, la transformation de cette société débitrice et enfin sa fusion avec la société-caution.

1° — *Fusion entre la société débitrice et une société tierce.*

318. — **Fusion entre société débitrice et une société tierce.** La fusion de la société débitrice avec une autre société non intégrée dans l'opération de cautionnement a donné lieu à une décision jurisprudentielle qui au premier abord provoque l'étonnement. S'appuyant sur les éléments de l'espèce la Cour d'appel, et à sa suite la Cour de cassation, ont décidé que l'absorption de la société débitrice par une autre avait éteint la dette cautionnée par novation (1). Il semble que l'argument décisif aux yeux des juges fut le renouvellement par la caution de son engagement après la fusion. Il est néanmoins paradoxal que cette mesure de précaution puisse être ensuite retournée contre le créancier et permette d'accepter une novation, alors que le consentement du créancier était pour le moins douteux et que l'art. 381, al. 1 in fine de la loi du 24 juillet 1966 rappelle nettement que la fusion n'emporte pas novation à l'égard des créanciers non-obligataires. En l'espèce toutefois l'absorption avait eu lieu en 1964 avant l'application de ces règles. Au reste, la nature juridique du transfert des dettes qu'elle réalise demeure fort discutée (2).

Hormis le cas où les circonstances entourant la fusion justifient la qualification de novation, cette substitution de débiteur ne peut pas justifier une extinction du cautionnement garantissant une dette déterminée (3). Au surplus les considérations d'équité tenant à la perte par la caution de la qualité qu'elle avait avant la fusion sont souvent inopérantes (4). Quand bien même elles seraient justifiées, la considération de la personne du débiteur n'est pas, pour

(1) Civ. 16 novembre 1971, Bull. civ. 1971, I, n° 289, p. 247 ; J.C.P. 1972, II, 17035 (et éd. C.I., 1972, n° 10565), note P. SPITERI ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 422, n° 32, obs. R. HOUIN.

(2) Cf. Y. CHEMINADE : *Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes*, Rev. trim. dr. com. 1972, pp. 15 à 44 passim, et plus spécialement p. 43 in principio : « la nature juridique de la fusion ne peut être déterminée par de seuls critères juridiques ». — Adde : C. LARROUMET : *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Bordeaux 1968, précitée, qui note : « jusqu'à présent la pratique française s'est... contentée d'opérations telles que la délégation parfaite ou imparfaite ou la stipulation pour autrui pour justifier cette cession de dettes » n° 81, p. 159 in fine.

(3) C'est d'ailleurs la solution récemment rendue par la Cour de cassation (Com. 17 octobre 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 231, p. 195) à l'encontre d'une caution qui invoquait une fusion-absorption survenu après la clôture des comptes courants cautionnés.

(4) Dans l'espèce citée (Civ. 16 novembre 1971), la caution qui était vice-président de la société absorbée (Gyra Sahara) a retrouvé dans la société absorbante (Gyra France) des fonctions de responsabilité. La seconde espèce sur la fusion de la seule société débitrice (qui concerne l'obligation de couverture de la caution : cf. infra n° 334) présente un cas identique : Paul Augère était caution de la S.A.R.L. « Tanneries Augère » dont il était le principal associé ; il dut le rester après la fusion d'où naquit la « Société des Tanneries Augère et de Gentilly » : (Com. 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, III, n° 482, p. 428).

l'obligation de règlement, suffisamment puissante pour entraîner l'extinction du cautionnement (1).

2° — Transformation de la société débitrice.

319. — Transformation de la société débitrice. La transformation d'une société débitrice n'est pas susceptible pour des raisons identiques d'éteindre le cautionnement. Bien entendu l'interrogation n'a même pas à être formulée pour la société caution. L'argument fut pourtant soutenu par une caution en mal de délais, mais vigoureusement écarté par les juges auxquels il fut soumis (2).

La transformation de la société débitrice ne peut pas davantage justifier une extinction de la dette de règlement (3). En ce qui concerne les sociétés commerciales, la loi de 1966 a en effet apporté la solution attendue en disposant qu'il n'y a pas création d'un être moral nouveau (art. 5) et toutes les juridictions saisies par la caution d'une demande d'extinction l'ont rappelé (4).

(1) La position restrictive de la Jurisprudence à l'égard de l'intuitus personae conforte cette constatation ; cf. M. AZOULAI : *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel* (L.G.D.J. 1960), pp. 1 à 36, et plus spécialement p. 35.

(2) Trib. com. Clermont-Ferrand 5 juin 1970, Journ. Agréés 1971, pp. 57 à 60, note J.F. GLADEL ; et sur appel : Riom 19 mars 1971, Journ. Agréés 1971, pp. 310 à 313, note M. et J.F. GLADEL. — Dans cette affaire la même personne était gérant de la S.A.R.L. caution et P.D.G. de la société débitrice ; au nom de la société caution il invoquait sa transformation de S.A.R.L. en S.A. pour refuser l'exécution de son engagement.

(3) En pratique, l'événement est d'ailleurs présenté comme une cause de cessation pour l'avenir des engagements successifs (cf. infra n° 327).

(4) Com. 8 juillet 1969, Banque 1970, p. 296, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 160, obs. R. HOUIN. — Com. 8 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 278, p. 263 ; D. 1973, p. 753 (1ère espèce), note P. MALAURIE ; Rép. Defrénois 1974, p. 39, n° 30490, note P. MALAURIE ; Gaz. Pal. 1973, 1, 143 (3ème espèce), note D. MARTIN ; Rev. trim. dr. com. 1973 ; p. 294, obs. R. HOUIN. — Com. 9 avril 1973, D. 1973, p. 753 (2ème espèce), note P. MALAURIE ; Rep. Defrénois 1974, p. 39, n° 30490, note P. MALAURIE ; Gaz. Pal. 1973, 1, Somm. 145 ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 829, obs. R. HOUIN. — Lyon 21 janvier 1971, Banque 1973, p. 503, obs. L.M. MARTIN. — Rouen 28 janvier 1971, Gaz. Pal. 1972, 1, 32, note D. DESFORGES ; Banque 1972, p. 299, obs. L.M. MARTIN. — Riom 19 mars 1971, précité. — Paris 7 juillet 1971 et 21 janvier 1972, Banque 1972, p. 299, note L.M. MARTIN. — Amiens 31 octobre 1974, D. 1975, somm. p. 17. — Trib. Com. Lyon 27 octobre 1969, Banque 1969, p. 1027, obs. X. MARIN. — Trib. Com. Clermont-Ferrand, précité. — Trib. Com. Paris 10 mars 1972, Journ. Agréés (Rev. jurispr. com.) 1973, pp. 103 à 112, note M. SAINT-CENE ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 294, obs. R. HOUIN. — Toutes ces décisions ont été rendues à propos de sociétés commerciales changeant leur forme en une autre société commerciale.

La règle a été appliquée à d'autres groupements (1) et sa valeur a permis à la loi du 4 janvier 1978 de l'ériger en principe au sein de l'article 1844-3 C. civ. Ainsi sont écartées, tout au moins pour «la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme» (2), les hésitations antérieures (3).

Quant aux situations non réglées par un texte, elles pourraient par analogie bénéficier du même régime de maintien de la personnalité juridique originaire, de préférence à celui instauré par la jurisprudence antérieure (4).

Or la notion de personnalité morale se détache du contrat (5) et acquiert une indépendance qui la rend insensible aux modifications du groupement tout autant que la personnalité juridique d'un individu l'est à ses changements de statut (majorité, mariage, divorce) ou d'activité. La personnalité morale échappe aux associés en ce qu'elle est, à partir de sa création, durable et sauf exception irrévocable (6). La transformation d'un groupement est assimilable à une modification des statuts (7) qui n'altère pas sa personnalité juridique (8).

Puisqu'il n'y a pas de changement de personne il ne saurait y avoir de novation (9). La pérennité de l'obligation de règlement est ainsi assurée.

(1) Art. 12 ordon. du 23 septembre 1967 sur les Groupements d'intérêt économique. — Art. 4 al. 1 in fine de la loi du 8 juillet 1969 relative à certaines dispositions concernant les sociétés et permettant aux sociétés à but non lucratif de se transformer en Association - loi de 1901.

(2) Art. 1844-3 C. civ. in principio.

(3) Pour les sociétés civiles : R. et M. DEVOS : *Rapport sur la vie sociale des sociétés civiles* au 67^e Congrès des notaires, Biarritz, 1970 ; *Théorie et pratique des sociétés civiles*, Paris, Librairies Techniques, 1970, spécialement pp. 280 à 289. — Pour les transformations de sociétés commerciales en sociétés civiles : J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT : *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz 1972, n° 187, p. 165.

(4) La solution jurisprudentielle qui, en l'absence de texte, soumettait la continuation de la personnalité morale à l'existence d'une clause statutaire prévoyant la transformation, était la source de bien des inconvénients : J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT : op. cit. n° 183, pp. 161 et 162. — J. TREILLARD : *Les transformations de sociétés et l'intérêt des tiers*, thèse, Bordeaux, 1951, Bière, 1951, passim et spécialement n° 27, pp. 38 et suiv.

(5) Cf. J. HAMEL et G. LAGARDE : t. 1 (1954), n° 385, p. 469 et n° 414 in fine, p. 499.

(6) R. SAVATIER : *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{ère} partie, 3^e ed^o, Paris, Dalloz, 1963, n° 102, p. 116.

(7) J. TREILLARD : Thèse précitée, n° 86 et 87, pp. 132 à 137.

(8) Il convient cependant d'excepter l'hypothèse rarissime d'une volonté marquée de dissoudre l'ancienne société : J. HAMEL et G. LAGARDE : n° 429, p. 518.

(9) Cf. Req. 3 novembre 1937, D.C. 1941, p. 13, note P. PIC ; J.C.P. 1938, II, 537. — Com. 4 mars 1969, J.C.P. 1969, II, 15949, note Y. GUYON ; D. 1969, 687. — Adde : J. AUSSÉDAT : *Changements de forme sociale et groupes de sociétés*, Rapport au Congrès des notaires, 1966, pp. 157 et suiv., spécialement p. 197. — L.M. MARTIN (Obs. Rev. Banque 1972, p. 299 et suiv.). — D. MARTIN (Note Gaz. Pal. 1973, 1, pp. 143 et suiv.).

3° — *Fusion entre société débitrice et caution.*

320. — Fusion entre société débitrice et caution. La fusion entre la société caution et la société débitrice ne réalise pas, au regard du contrat de cautionnement, une confusion des qualités de créancier et de débiteur. Le débiteur principal est tiers au contrat de cautionnement et son inclusion dans le mécanisme, si elle perturbe son fonctionnement, n'entraîne pas l'application du régime de la confusion. Le fait que le législateur use de ce terme dans l'article 2035 C. civ. pour dire que l'engagement du certificateur est maintenu malgré «la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution» ne porte pas à conséquence (1). En revanche le refus d'une extinction posé par le texte n'est pas indifférent, bien qu'il ne concerne que le certificateur. S'agit-il d'une exception ou de l'application d'un principe non écrit valable pour le cautionnement en général ? La réponse viendra avec l'analyse des conséquences qu'entraîne la réunion des qualités de débiteur principal et de caution.

321. — Réunion des qualités de débiteur principal et de caution. Lorsque cette réunion est due à une transmission héréditaire des patrimoines de la caution ou du débiteur, il ne paraît pas y avoir de contentieux. Il n'est qu'un arrêt très ancien du 5 août 1840 de la Cour d'appel de Riom (2) pour statuer sur une situation qui ne laisse pas d'être fréquente en raison du nombre toujours important des cautionnements familiaux. La solution de cet arrêt (qui ouvre au créancier le bénéfice de la séparation des patrimoines) tout comme le faible contentieux, prouvent que la situation ne fait pas problème. Le créancier conserve ses deux actions tant contre les biens du débiteur que contre ceux de la caution avec leurs particularités, notamment en cas de cautionnement réel (3). La transmission des patrimoines de l'un à l'autre interdit de voir en ce cas une extinction du cautionnement.

La transposition eut été possible à la matière des fusions, puisque les tribunaux en sont venus petit à petit à considérer qu'elles emportent transfert universel du patrimoine, actif et passif (4), par un mécanisme sui generis proche de la transmission successorale. Malgré ce rapprochement la solution butta sur des difficultés mineures que la législation de 1966 sur les sociétés commerciales devait aplanir.

(1) La place de ce texte, au titre du cautionnement et non au titre de la confusion, en corollaire de l'art. 1301 C. civ. par exemple, est un argument en ce sens. — Comp. le Code suisse des obligations qui dispose (art. 509) «si la qualité du débiteur et celle de caution se trouvent réunies dans la même personne»...

(2) S. 1840, 2, 492.

(3) Ainsi le créancier continue à bénéficier de l'hypothèque fournie par la caution : Rouen 19 mars 1874, D.P. 1875, 2, 188.

(4) L'aboutissement de l'évolution est concrétisé, au plan du transfert du passif par deux arrêts rendus en 1972 : Civ. 1. 7 mars 1972 (Bull. civ. 1972, I, n° 71, p. 65 ; D. 1972, 545 ; Rév. trim. dr. com. 1972, p. 656, obs. R. HOUIN) et Com. 19 avril 1972 (D. 1972, 538, note D. SCHMIDT ; Rev. trim. dr. com. 1972, *ibid.*).

322. — Solution apportée par la loi de 1966. Les difficultés sont nées notamment de l'excès de précaution que prenaient les banques en cas de fusion entre leur débiteur et leur caution. Elles requerraient souvent l'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire sur les biens de la société absorbée afin d'avoir un droit de suite, mais continuaient après la fusion d'agir contre la société disparue. En faisant porter leur effort sur le maintien à leur égard de l'indépendance du patrimoine de la société absorbée plutôt que sur le transfert du passif, elles obscurcissaient le problème. Faute de pouvoir appliquer une séparation des patrimoines qui n'existe pas en ce cas (1), les tribunaux n'avaient pour recours que l'inopposabilité de la fusion par le biais de l'action paulienne (2) ou par le refus critiquable d'une opposabilité de l'opération au créancier faute par lui d'y consentir (3). Le recours à la fiction d'une survie de la société absorbée est un détour bien complexe pour aboutir à un résultat qu'aurait aussi bien fourni le droit de la cession des contrats (4).

C'est pourquoi un mécanisme différent a été organisé par la loi de 1966 pour les S.A. et les S.A.R.L. (5). En ouvrant au créancier un droit d'oppo-

(1) Certains auteurs étaient cependant partisans de son application à la matière : CUPPER-ROYER : *Traité des Sociétés anonymes*, t. 3, 4^e ed^o, p. 692 ; F. KRAEMER : *Les droits des créanciers sociaux d'une société dissoute*, Thèse, Paris 1959, cités par M. GUILBERTEAU : Note à la Rev. soc. 1973, pp. 109 à 113, sous Com. 3 mai 1972, spécialement p. 110 in fine.

(2) Trois fois la Cour de cassation a retenu la fraude comme support d'une inopposabilité de la fusion au créancier, alors que l'intention malicieuse n'apparaissait pourtant pas comme le motif premier de la fusion entre débiteur et caution : Com. 10 juin 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 285, p. 237. — Com. 3 mai 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 132, p. 134 ; Gaz. Pal. 1972, 2, 742, note P. DELAISI ; Rev. trim. dr. com. 1972, pp. 931 et 932, obs. R. HOUIN ; Sommaire in P. MERLE : *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz 1976, n° 30, p. 52. — Com. 10 juillet 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 220 (en matière d'aval sur un billet à ordre).

(3) L'arrêt du 3 mai 1972 motive sa décision par le fait que « l'apport fusion entraînait la disparition de la garantie constituée pour [le créancier] par l'existence d'un second débiteur ayant un patrimoine distinct ; qu'ainsi se trouvait révoqué l'engagement de ce second débiteur ; qu'une telle révocation ne pouvait résulter que du consentement mutuel de la caution et du créancier ». — Le raisonnement est rendu boiteux par l'erreur que contient l'affirmation d'une révocation du cautionnement par la fusion. La prémisse erronée conduit à une conclusion dangereuse et justement stigmatisée par le Doyen R. HOUIN (obs. précitées).

(4) Cf. supra n° 315 et n° 316. — La dette de la caution est transmise à la société débitrice (ou l'inverse) avec ses particularités. Puisqu'il y a transfert corrélatif de l'actif et du passif, les biens qui servaient de gage général sont maintenus. Le seul inconvénient, grave certes, réside dans le concours que le créancier devra subir sur ces biens avec les autres créanciers du débiteur. Il est néanmoins préférable à une disparition totale du cautionnement et peut être atténué par la prise de sûretés judiciaires conservatoires.

(5) Art. 381 et suiv. pour S.A. — Art. 388 pour S.A.R.L. qui renvoie aux dispositions concernant les S.A.

sition (1) à la fusion elle permet au tribunal de lui accorder une protection sous forme de garanties supplémentaires ou d'un remboursement anticipé. La considération de la personne de la caution reprend par ce biais une certaine place puisque c'est sa disparition qui autorise ces mesures. La fusion des sociétés caution et débitrice n'est pas une cause d'extinction du cautionnement (2) ; elle peut toutefois être un événement générateur du paiement anticipé et donc concourir à cette extinction. Cet aspect sera encore plus marqué si le créancier use de la latitude que lui ouvre l'article 381 dernier alinéa de la loi de 1966 d'insérer dans le contrat de cautionnement (ou dans le contrat principal) une clause prévoyant le remboursement immédiat en cas de fusion.

323. — Conclusion : inefficacité de la considération de la personne sur l'obligation de règlement. Par cette évolution, la fusion des sociétés débitrice et caution se distingue quelque peu de la situation générale. Hormis les événements traditionnellement extinctifs qui reposent sur la considération de la personne, cet élément n'a qu'une existence et un effet très secondaires sur le cautionnement de dettes déjà nées ou déterminées et individualisées. Ceci explique que l'obligation de règlement ne soit pas atteinte par les modifications de cette personne. Le cautionnement est sous cet aspect une obligation assimilable à toute autre et pour cela régie par le droit commun.

Au contraire la considération de la personne sensibilise davantage l'obligation de couverture aux altérations que subissent les parties. C'est à travers elles en effet que l'étendue de la dette sera appréciée et donc que seront déterminées les obligations de paiement.

(1) Le terme est inapproprié puisque : « l'opposition formée par le créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion » (art. 381 al. 4). Il s'agit plus exactement d'une demande de déchéance du terme (dans le droit fil de l'art 1188 C. civ.) ou d'octroi de garanties (dans celui de l'art. 48 de l'ancien Code de proc. civ., toujours en vigueur).

(2) Cette affirmation est même renforcée par la procédure d'opposition puisque, une fois le délai de 30 jours (prescrit par l'art. 261 du décret) écoulé sans que le créancier ait formé opposition, l'opération de fusion est insusceptible de provoquer une modification quelconque du cautionnement.

CHAPITRE II

LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE DANS L'OBLIGATION DE COUVERTURE

324. — **Situations critiques révélant la considération des personnes.** Les cautionnements généraux se multiplient dans la pratique contemporaine (1) et font naître en raison de leur particularisme des situations délicates pour la caution. Ces situations résultent de l'addition de deux phénomènes quasiment irréductibles : d'une part l'absence de préoccupation de la caution pour le sort de son engagement (2), développée surtout chez les cautions personnes physiques, et d'autre part la spirale fatale dans laquelle entre le débiteur dès qu'il ne peut plus contrôler l'aggravation de son passif. La caution dont l'engagement a été exigé libre de toute restriction de montant ou de durée subit le contrecoup de ce désastre, n'ayant pas pu ou pas su s'en échapper à temps.

Le sort de la caution qui n'a pas voulu résilier son cautionnement, alors qu'elle disposait de moyens techniques lui assurant l'information utile, est réglé par le droit commun des obligations : le dirigeant de société dont l'entreprise perd pied la suit dans sa chute et rien ne peut justifier un sort différent ;

(1) Et certains auteurs ne manquent pas de déplorer cette « pratique courante des banques... d'exiger ce genre de cautionnement... même lorsque le crédit... ne concerne qu'une opération déterminée, telle qu'un prêt isolé ». P. MALAURIE : Note au Dalloz 1973, pp. 753 et suiv, et au Rep. not. Defrénois 1974, art. 30940, pp. 39 à 47 sous Com. 8 novembre 1972 et 9 avril 1973, spécialement : I.B. de la note p. 43 au Rép. not. Defrénois.

(2) Nous avons déjà évoqué ce phénomène pour écarter la résiliation unilatérale du rôle de panacée que proposaient certains : cf. supra n° 292.

la caution professionnelle dont le créancier exige l'exécution n'a point d'échappatoire et n'en cherche d'ailleurs aucune (1).

En revanche la caution dont la situation ou la position personnelle au regard des autres parties a été modifiée cherchera dans ces modifications un argument de libération. La modification résultant du changement de débiteur, du décès de la caution ou de la perte de la qualité ayant motivé le cautionnement sera présentée comme un événement cristallisateur du cautionnement qui laisse intactes les dettes déjà nées qui empêche la prise en compte des dettes ultérieures. Elle sera un événement extinctif de l'obligation de couverture jouant le rôle d'un terme.

L'argument plonge ses racines dans le bon sens, l'équité et le climat psychosociologique du cautionnement (ou de l'aval dont nous avons vu qu'il peut garantir des dettes futures (2) à la condition d'être contracté sur un acte séparé et de respecter les conditions de détermination (3) des effets garantis posées par la jurisprudence) (4). Ces assises lui ont permis de toucher le cœur et la raison de certains juges, notamment les juges du fond plus pragmatiques et en contact avec les réalités des affaires. Il pêche toutefois par son absence de vêtement juridique, ce qui explique la circonspection de la Cour de cassation à son égard.

La systématisation des différentes situations fait apparaître une relation étroite entre les altérations invoquées et la considération de la personne des parties. Il s'agira d'une part de la considération de la personne du débiteur ou du créancier, pour tous les cas de fusion ou de transformation de sociétés, ou de cession de l'obligation (section 1). Il s'agira d'autre part de la considération de la personne de la caution, soit dans certaines de ses qualités, soit dans son existence même (section 2). Nous verrons que leur effet n'est pas identique sur l'extinction de l'obligation de couverture.

(1) Nous avons déjà noté les grandes lignes de la politique commerciale des cautions professionnelles (banques et sociétés de cautionnement) : tri sévère des débiteurs cautionnés et prise de contre-garanties sérieuses (cautionnement ou sûretés réelles) mais exécution immédiate des engagements à la première demande des créanciers. Ceci entraîne la coexistence de deux «marchés» du cautionnement, aux caractéristiques opposées, les cautions personnes physiques s'engageant trop souvent à la légère mais rechignant à l'exécution.

(2) La question n'est plus discutée aujourd'hui : cf. notamment M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, 1974, n° 31-B-b p. 97 in fine et surtout n° 32-B-a, p. 109. Comp. toutefois un exemple d'annulation, rare semble-t-il, de l'aval pour non-détermination de sa durée : Lyon 8 juin 1976, J.C.P. 1977, IV, p. 44, Vis Effet de commerce. En ce cas l'aval annulé vaut comme cautionnement solidaire.

(3) Il faudrait parler de «déterminabilité» puisque les effets garantis ne pourront être identifiés que dans l'avenir.

(4) Civ. 7 mars 1944, précité, qui impose la précision de «la nature des effets», des «sommes garanties» et du «temps assigné aux négociations». Cet arrêt englobait dans son apophtegme «la garantie souscrite par un acte séparé et concernant le paiement d'effets passés ou à passer».

SECTION I

CONSIDÉRATION DE LA PERSONNE DU
DEBITEUR OU DU CREANCIER

325. — **Importance et rôle de cette considération.** Quand elle est axée sur le débiteur ou sur le créancier la considération de la personne ne saurait être assimilée à l'intuitus personae classique. En effet l'intuitus personae est la considération particulière des qualités du débiteur : si au sein d'un contrat l'intuitus personae peut être bilatéral (1), au sein d'une obligation il est nécessairement à sens unique. Enfermé dans les mobiles qui animent le créancier, il ne concerne que la personne du débiteur. L'intuitus personae intègre la personne de l'exécutant aux caractéristiques de l'exécution. Il opère «réification» de la personne de celui qui doit (2).

Or dans le cautionnement le créancier ne doit rien à la caution et le débiteur ne lui devra le remboursement qu'après qu'elle ait exécuté. De plus ce n'est pas la qualité de cette exécution que recherche la caution, pas davantage qu'elle n'exige un remboursement émanant spécialement du débiteur. L'élément personnel que la caution peut inclure appartient en dernière analyse aux motivations qui décident de son engagement et se rattache donc à la cause subjective. En tant que tel la considération par la caution de la personne du débiteur ou du créancier n'est pas à même de provoquer l'extinction de l'obligation de couverture, même si l'on considère cette obligation comme infiniment plus sensible à ces motivations en raison de la projection dans le futur qu'elle nécessite. Il faudra une objectivation de ces motivations, une émergence juridique de leur existence pour qu'elles deviennent une cause d'extinction. Cette objectivation ne peut pas être totalement systématisée en raison de la liberté de forme qui lui est permise, mais une étude des situations de conflits les plus fréquents constitue une approche profitable pour dégager les critères de solution.

(1) Cf. notamment P. VOIRIN : note au D. 1928, 2, pp. 197 à 199 sous Lyon 16 mai 1928, spécialement I de la note, pp. 197 et 198.

(2) Cf. supra n° 16.

La considération de la personne du débiteur ne fait aucun doute au sein du cautionnement (1) et les modifications le concernant ont posé avec une vive acuité le problème de leur influence (§ 1). Une fois la solution dégagée pour le seul débiteur, l'on envisagera de l'étendre aux cas où la considération des personnes du débiteur et du créancier est égale (§ 2).

Paragraphe 1

CONSIDERATION DU SEUL DEBITEUR

326. — **Plan.** La caution accorde au débiteur un véritable crédit (2). Comme tout créancier elle peut faire reposer sa confiance soit sur des contre-garanties (fréquentes dans le cautionnement professionnel) ou sur des assurances morales renforcées («les covenants» de la pratique américaine (3) et les sûretés négatives de la pratique française) (4), soit sur une considération particulière de la personne du débiteur. Les vicissitudes de cette personne prennent de ce fait un relief important. Le problème est de savoir si elles ont un impact suffisant pour justifier l'extinction de l'obligation de couverture. L'exposé des éléments du problème (A) facilite la recherche des critères de solution (B).

(1) C'est sur cette réalité que repose la coloration d'intuitus personae que l'on reconnaît à l'ensemble de l'opération de cautionnement : cf. P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2011-2020, 1er fasc., 1973, n° 82. — En comparaison, l'assurance crédit n'est pas imprégnée de ce caractère ; en ce sens, R. PERCEROU : *La nature juridique de l'assurance crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ?*, Rev. gén. ass. ter. 1970, pp. 350 à 357 et 473 à 512, spécialement n° 53, pp. 501 et 502.

(2) Une manifestation tangible en est fournie par le droit des sociétés commerciales qui interdit tout autant à la société le prêt d'argent à un associé que le cautionnement de ses engagements. (art. 51 pour la S.A.R.L. et 106 pour la S.A., Loi 24 juillet 1966).

(3) Ces «covenants» sont plus des recommandations de bonne conduite adressées au débiteur que de véritables obligations. Cf. l'énumération des causes les plus courantes par C. DOSSE : *Technique bancaire aux Etats-Unis... Le financement des entreprises*, Dalloz 1976, à propos des term loans (crédits à plus d'un an) p. 32 ; par exemple : respect de l'affectation des fonds empruntés, restriction du droit de contracter de nouveaux emprunts et de nombreuses injonctions pour une saine gestion (fond de roulement, investissements, leasing, mesures sociales limitées...).

(4) Cf. notamment : Y. CHAPUT : *Les sûretés négatives*, Ann. Fac. droit Clermont-Ferrand 1974, fasc. II, pp. 165 à 194. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 554. — R. RODIERE et J.L. RIVES-LANGE : *Droit bancaire*, 2^e ed°, 1975, n° 233-8 à 233-10, pp. 292 à 295.

A — Éléments du problème

327. — Transformation de la société débitrice. Les situations de conflit dans lesquels les modifications affectant le débiteur ont été invoquées par la caution ne sont guère nombreuses. Ce sont principalement les cas de changement de forme de la société débitrice, ou encore de changement d'activité du débiteur.

Le changement de la forme qu'avait la société lors de l'engagement de la caution est invoquée comme cause de libération même par ceux qui ont participé à ce changement. La transformation apparaît alors comme un prétexte : le gérant ou l'associé influant dans «sa» S.A.R.L. et qui la transforme en S.A. dont il devient P.D.G. ou administrateur ne saurait être de bonne foi (1). Elle ne fait parfois qu'accompagner un événement plus grave : l'expulsion de la caution des commandes de la société (2). Mais elle peut aussi entraîner le déclenchement d'une activité plus importante (3) et donc provoquer l'accroissement du passif de la société qui rejaillit sur l'engagement de la caution (4).

328. — Changements de forme et d'activité du débiteur. Une situation différente mais assimilable à celles-ci a donné lieu à un arrêt très net en faveur de la caution. L'oncle et la tante du gérant d'une société en nom collectif acceptent de cautionner la société de leur neveu. Le cautionnement est signé alors que depuis vingt-deux jours l'exploitation est effectuée par le neveu seul, sous forme d'entreprise individuelle, après la réunion de toutes les parts dans sa main et la dissolution de la société. Curieusement le cautionnement est donné pour garantie de la société défunte. Les juges du fond ont estimé que pour les cautions la société en nom collectif réduite à un seul associé et l'entreprise individuelle devaient se confondre dans la personne du neveu et ont en

(1) Paris 7 juillet 1971 et 21 janvier 1972, Banque 1972, p. 299, obs. L.M. MARTIN. — Amiens 31 octobre 1974, Gaz. Pal. 1975, 1, 321 ; D. 1975, somm. p. 17. — Trib. com. Paris 10 mars 1972, Rev. jurisp. com. 1973, pp. 103 à 112, note M. SAINT-CENE ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 294, obs. R. HOUIN.

(2) Com. 8 juillet 1969, Banque 1970, p. 296, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 160, obs. R. HOUIN. — Com. 8 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 278, p. 263 ; D. 1973, p. 753, note P. MALAURIE (1ère esp.) ; Gaz. Pal. 1973, 1, 143, note D. MARTIN ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 294, obs. R. HOUIN. — Lyon 21 janvier 1971, Banque 1973, p. 503, obs. L.M. MARTIN.

(3) Toutes les transformations invoquées avaient pour effet de donner à la société la forme d'une société anonyme pour une meilleure adaptation au monde des affaires.

(4) Cet argument transparaît dans l'arrêt de la Chambre commerciale du 9 avril 1973 (Bull. civ. 1973, IV, n° 152, p. 131 ; D. 1973, p. 753 (2ème esp.), note P. MALAURIE ; Gaz. Pal. 1973, 1, Somm. p. 145 ; Gr. arrêts jurisp. com., t. 1, 2^e ed°, n° 77, pp. 336 à 338, obs. B. BOULOC ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 829, obs. R. HOUIN) et a été expressément soutenu, éléments à l'appui, devant la Cour de Reims ; arrêt du 28 janvier 1971, Gaz. Pal. 1972, 1, 32, note D. DESFORGES ; Banque 1972, p. 299, obs. L.M. MARTIN.

conséquence appliqué le cautionnement. La Cour de cassation a sanctionné cette dénaturation de la convention (1). L'accent est mis à travers les stipulations du cautionnement sur la considération particulière de la forme d'exploitation utilisée par le débiteur (2). D'ailleurs l'erreur dans la dénomination ou l'identification du débiteur est jugée sans influence lorsqu'elle ne concerne pas la forme d'exploitation et, partant, le passif potentiel du débiteur (3).

Enfin il faut rapprocher des changements de forme du débiteur ses changements complets d'activités. S'il n'est pas question d'éteindre le cautionnement d'un commerçant qui despécialise son activité, un changement total devrait libérer les cautions pour l'avenir, surtout lorsque les relations professionnelles qui ont fait naître le cautionnement disparaissent en raison de ce bouleversement. Les tribunaux ont pourtant refusé de dissoudre le cautionnement donné par des agriculteurs pour garantie d'un commerçant en pailles et fourrages à la suite du changement total de son activité et de l'apurement du compte courant relatif à son ancien commerce (5).

B — Critères de solution

329. — **Arguments en faveur de l'extinction.** Les tribunaux statuent en la matière sans ligne directrice, sans guide, se fiant à leur intuition et rendent en conséquence une jurisprudence fluctuante. Elle est beaucoup moins intéressante par les solutions qu'elle donne qui n'ont pas de portée générale que par les exemples fournis par les espèces.

La position des cautions qui demandent l'extinction de leur engagement pour l'avenir n'est pas dépourvue de vertu et elle trouve en droit quelques échos. Outre les décisions judiciaires qui ont accordé la libération, l'on peut constater que l'administration fiscale, pourtant très exigeante quant à ses

(1) Civ. 3 mars 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 93, p. 77 ; J.C.P. 1976, IV, p. 142, V° Caution-Cautionnement ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Chron. dr. bancaire* ; J.C.P. 1978, I, 2902, n° 89.

(2) Il faut noter qu'il n'y a pas eu en l'espèce extinction de l'obligation de couverture mais non application du cautionnement dès sa naissance. Toutefois les éléments sont parfaitement transposables à notre sujet.

(3) Com. 16 janvier 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 21, pp. 16-17, qui casse un arrêt ayant annulé un cautionnement au motif que le débiteur (personne physique exploitant un fonds de commerce) y était désigné grâce à l'enseigne du fonds qui constituait la dénomination commerciale de cette entreprise individuelle.

(4) Encore que la despécialisation plénière permette une modification totale de l'activité ; en pratique il est toutefois rare que le changement s'accompagne d'un abandon complet de l'ancien commerce.

(5) Com. 8 mars 1971, D. 1972, 262, note D. CLAIROUIN-TOUCHARD ; Banque 1972, p. 622, obs. L.M. MARTIN ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 432, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

garanties, admet que « toute modification soit de la forme juridique de l'entreprise cautionnée, soit de la situation géographique de son établissement... » est de nature à affecter le cautionnement. Pour éviter tout risque elle impose alors un nouvel engagement qui éteint le précédent (1) : c'est un aveu de l'influence de la considération dans laquelle la caution tient le débiteur.

De même certaines banques ont attesté requérir habituellement de la caution un renouvellement de son engagement après un changement de forme de la société cautionnée (2).

Par ailleurs le droit anglais organise l'extinction du cautionnement en cas de modification grave ou de transformation d'une société de personne (3).

330. — Critère : considération des qualités et de l'activité du débiteur.

Application. Ces mesures en faveur de l'extinction de l'obligation de couverture demeurent empiriques et plus préventives d'un conflit qu'aptées à fournir une solution générale. Malgré ce, la recherche d'un critère des modifications susceptibles de provoquer cette extinction est possible. Ce critère est décelable dans les exemples exposés (-1-) et son application (-2-) aidera à apprécier la nature des événements extinctifs (-3-).

1 - C'est dans la considération que la caution a pour la personne du débiteur que réside le critère, dans une considération sélective, cristallisée autour de deux pôles : d'une part les caractères particuliers de la personnalité du débiteur ; d'autre part l'activité exercée par ce débiteur et qui n'engendre qu'une certaine catégorie ou un certain volume de passif (4). Cette considération spéciale ne se conçoit au surplus qu'en vertu de sa finalité : éviter qu'un bouleversement de la personnalité ou de l'activité n'aggrave inconsidérément la charge de

(1) Art. 27 du Règlement du cautionnement, n° 3751 émis par la D.G.I. (février 1975) et remis à la caution.

(2) La Cour de Rouen cite dans son arrêt du 5 février 1971 (précité) deux attestations fort nettes émanant d'une Banque et d'une société fiduciaire. L'usage bancaire d'un renouvellement du cautionnement n'est pas aussi imaginaire qu'on a bien voulu le dire, (Amiens 31 octobre 1974, précité), ni même limité à la place de Rouen. Nous disposons en effet d'un formulaire émanant d'une banque d'envergure nationale et intitulé : « Maintien de la caution donnée par un tiers en cas de changement de la dénomination ou de la raison sociale du bénéficiaire ».

(3) Section 14 du Partnership Act. 1890 et Common law. Cf. M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse précitée, Paris 1974, dactyl., p. 112.

(4) V. un exemple de cette considération dans Civ.1, 20 décembre 1977, J.C.P. 1978, IV, p. 58 : la caution avait garanti un débiteur pour les dettes engendrées par la qualité de gérant d'une société en participation qui n'avait, en fait, jamais fonctionné ; la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir refusé de prendre cette qualité en considération et d'avoir fait porter le cautionnement sur des dettes contractées par le débiteur principal à titre personnel. — V. également Amiens 3 mai 1977, Banque 1978, pp. 258 à 260, obs. approb. L.M. MARTIN : la caution qui avait garanti la société absorbante et la société absorbée est libérée par l'absorption de la garantie des dettes postérieures.

la caution. Ne concernant que la personnalité du débiteur, ces deux éléments sont indépendants des relations qui peuvent exister entre le débiteur et la caution et qui s'analysent différemment (1).

Il faut considérer que ces éléments se trouvent, alternativement ou cumulativement, peu importe, dans tout cautionnement de dettes futures. Le créancier ne peut donc les ignorer, et il n'est nul besoin pour la caution de les inclure dans l'instrumentum (2). Les cautionnements successifs se distinguent par cela des cautionnements ordinaires : aggravant le risque de la caution, ils engendrent une considération accrue par celle-ci de la source de ce risque. Toutefois, si ces éléments de la considération appartiennent à la nature des cautionnements successifs, ils ne sont pas de leur essence et une clause contraire peut établir l'inexistence de cette considération spéciale.

Au cas général les deux pôles de la considération du débiteur sont donc supposés réunis. De la sorte tout changement ayant des conséquences importantes sur la personnalité ou sur l'activité du débiteur entraînera la dissolution pour l'avenir du cautionnement (3). La caution aura la charge d'établir l'aggravation du passif que la modification a entraînée, puisque c'est dans un but de protection contre cette aggravation que lui est conféré un pouvoir extinctif (4).

En dernière analyse, le critère est donc double : un élément permanent lié à la nature du cautionnement successif qui est la considération spéciale de la personnalité et de l'activité du débiteur plus un élément ponctuel qui est l'aggravation du passif entraînée (ou susceptible de l'être) par la modification de la personnalité ou de l'activité.

2- L'application de ce critère permet le respect de considérations d'équité invoquées par certains auteurs en cas de changement important et aux conséquences graves (5). Elle ne conduit cependant pas à des solutions bien différentes de celles des tribunaux ; simplement elle y conduit plus rationnellement et plus sûrement.

(1) Cf. infra l'étude des conséquences sur l'obligation de couverture de la perte par la caution des qualités en vertu desquelles son engagement avait été exigé, n° 337 et suiv.

(2) En ce sens, Amiens 3 mai 1977, précité. — Comp. B. BOULOC : obs. aux Grds arrêts jurisp. com., t. 1, 2^e ed° (Sirey 1976), n° 77, pp. 336 à 338 pour qui la libération de la caution est possible lorsqu'elle a fermement manifesté sa volonté de lier son cautionnement à la forme de la société garantie ou à sa position dans la société.

(3) Point n'est donc besoin pour la caution de fournir l'impossible preuve d'une stipulation contractuelle en ce sens dans des contrats qui ne sont que des formulaires bancaires dont les rares blancs sont remplis par l'employé chargé du dossier de prêt.

(4) Et cette preuve, libre puisqu'il s'agit d'un fait juridique, lui sera facilitée par la demande de paiement du créancier.

(5) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. à la Rev. trim. dr. com. 1972, pp. 432 à 433, spécialement p. 433, n° 4 in fine, sous Com. 8 mars 1971. — D. CLAIROUIN-TOUCHARD : note au Dalloz 1972, p. 262 sous le même arrêt. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Chronique de droit bancaire* : J.C.P. 1976, I, 2801, n° 69 ; obs. sur Amiens 17 octobre 1974 et Trib. gr. inst. Albi 19 mars 1975.

Parmi les nombreux arrêts publiés et tranchants des contentieux nés d'une transformation de la société cautionnée, un seul fait mention dans ses motifs de l'augmentation du volume d'affaires et donc du passif résultant du changement de forme (1) : il éteint d'ailleurs le cautionnement, mais pour d'autres raisons. Toutes les autres espèces, autant que la motivation des arrêts permette d'en juger, auraient selon nos critères conduit au rejet de la transformation en tant que cause d'extinction de l'obligation de couverture (2).

En revanche l'affaire du commerçant en pailles et fourrages qui avait totalement changé son activité (3) aurait reçu une solution plus compatible avec le respect des intérêts bien compris de toutes les parties. Les changements complets d'activité et l'apparition de nouveaux passifs inscrits sur un nouveau compte auraient permis la libération des cautions.

331. — Considération du débiteur : évènement supplant le terme.

3- La qualification de cette cause nouvelle et spéciale d'extinction fait apparaître la difficulté qu'il y a à l'insérer dans le droit positif.

L'identité de ses effets avec ceux du terme prêterait à l'assimilation ; mais elle se heurte à l'éventualité qui imprègne l'altération des éléments de la considération du débiteur. Alors que le terme est un évènement de survenance certaine, il se peut fort que la société ne soit pas transformée ou que l'activité reste la même. De plus si terme il y avait, la résiliation unilatérale serait impossible sauf stipulation contraire (4).

La ressemblance de la considération de la personne du débiteur avec une condition résolutoire que la caution imposerait tacitement lors de son engagement est une approche plus sociologique de la situation. En supputant que la caution ne s'engage qu'à condition qu'un évènement grave ne vienne pas bouleverser ses prévisions, l'on se rapproche de ses motivations profondes. La qualification achoppe cependant sur les conséquences de la condition. Considérée en droit français comme d'effet rétroactif, la condition ferait disparaître la totalité de l'engagement lors de sa survenance. Certes la rétroactivité est fort discutée dans les contrats successifs et peut même, selon une certaine jurisprudence, être écartée par la volonté des parties (5). Mais l'on se rapproche alors d'un régime par trop spécial de l'évènement extinctif, un régime qui en fait une cause d'extinction sui generis.

(1) Rouen, 28 janvier 1971, précité.

(2) Bien entendu l'application de ce critère général n'est pas exclusive d'une stipulation spéciale précisant que le cautionnement est strictement lié à la forme de la société : pour un exemple cf. Com. 8 juillet 1969, Banque 1970, p. 296, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 160, obs. R. HOUIN, qui libère d'ailleurs la caution.

(3) Affaire tranchée par Com. 8 mars 1971, précitée.

(4) Cette stipulation est pratiquement de rigueur dans les formulaires bancaires de cautionnements généraux.

(5) Cf. sur la rétroactivité de la condition : J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed^o, n^o 63, Etat des questions, b, pp. 209 et 210.

La considération de la personne du débiteur apparaît plutôt comme une cause spéciale d'extinction, un événement suppléant le terme extinctif, lui empruntant ses effets mais conservant dans sa détermination et sa survenance une certaine originalité. Nous avons vu que le terme extinctif était l'événement le mieux adapté au cautionnement successif : garde-fou des cautions imprudentes et incapables ensuite d'honorer leurs engagements, barrière des créanciers exigeants, il confère à l'engagement une solidité renforcée en posant à l'avance les limites de sa portée. Rien ne nuit à ce qu'un événement proche lui emprunte ses avantages.

332. — Conclusion : considération dynamique de la personne. En résumé cette première approche de l'influence de la considération de la personne a permis de préciser le concept. La caution qui s'engage à garantir dans le futur toute dette qui viendrait à naître sur la tête du débiteur prend en considération les facteurs générateurs de ce passif. Au premier plan de ces facteurs figure l'ensemble indissociable des qualités du débiteur et de son activité. Ces facteurs, parce qu'ils déterminent les dettes, parce qu'ils en sont la source principale, participent de la considération dynamique de la personne. Le créancier, qui ne peut qu'avoir un rôle auxiliaire dans l'augmentation du passif, rôle qui ne fait pas naître, sauf exception, de responsabilité, n'est donc pas concerné. Les conséquences de cette considération dynamique du débiteur ne peuvent être transposées qu'avec précaution aux hypothèses de considération statique.

Paragraphe 2

EXTENSION A LA CONSIDERATION DU DEBITEUR ET DU CREANCIER

333. — Contenu : considération statique. Tout comme elle apprécie les risques au regard des qualités personnelles du débiteur, la caution attache parfois du prix à certaines qualités du créancier. S'il est un technicien des affaires, s'il est réputé pour sa sévérité dans l'octroi des crédits, s'il a des relations personnelles avec la caution, le créancier peut inspirer une confiance personnelle à la caution qui a tout lieu de penser que le passif ne sera pas gonflé exagérément.

Cette considération de la personne du créancier n'a d'intérêt que pour le cautionnement successif, car c'est à travers le volume des créances garanties que se manifesteront les qualités considérées. Plus que son activité, la caution prendra en considération sa présence au sein de l'opération juridique : la

considération devient ici statique puisqu'elle s'attache non plus à l'évolution de la situation de la caution mais à sa seule existence.

Cette même considération de la seule présence d'une personne à l'opération se retrouve à l'égard du débiteur. Son changement est impensable dans les cautionnements de dettes futures alors qu'il est parfaitement possible lorsque les dettes garanties sont déjà nées. Mieux même : l'adjonction d'un débiteur supplémentaire autorisé à augmenter le passif garanti ne peut que perturber les prévisions de la caution. Toute atteinte à la considération de ces deux éléments fondamentaux est une cause de dissolution du cautionnement.

334. — **Evènements rendus extinctifs.** Cette nécessité est nettement ressentie à la lecture des auteurs du XIX^{ème} siècle qui ont discuté sur le cautionnement de l'usufruitier et les problèmes posés par la cession de l'usufruit. La plaidoirie de GUILLOUARD en faveur de la libération de la caution est convaincante (1). Le problème n'était pas alors abordé du point de vue des cautionnements successifs et les auteurs défavorables à l'extinction étaient surtout retenus par la crainte d'une généralisation de la solution à tous les cautionnements (2).

En limitant le problème à son véritable domaine l'on rend la dissolution du cautionnement successif non seulement tolérable mais même impérative. Elle n'est d'ailleurs pas contestée en doctrine au cas du décès du débiteur garanti. La dette que les héritiers viendraient à contracter dans la poursuite de l'activité du débiteur ne pourrait être couverte : le décès du débiteur entraîne l'extinction de l'obligation de couverture. La solution doit être la même au cas d'absorption de la société débitrice par une société tierce. Sa disparition du monde juridique justifie l'extinction pour l'avenir du cautionnement qui la garantissait (3).

Le problème posé par la cession de l'obligation principale soulève les mêmes difficultés et appelle la même solution. Les éléments lui servant d'appui ne manquent pas. En effet l'étude approfondie menée par certains auteurs de la cession de créance (ou de contrat) aboutit à distinguer deux périodes dans

(1) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed°, 1895, n° 71 et 72, pp. 84 à 86. — Dans le même sens et même avec une volonté de protection de la caution plus poussée cf. : TROPLONG : *Le droit civil expliqué...*, t. 17, Du cautionnement, n° 153. — P. ROUDHON : *Traité de l'usufruit*, t. 2, n° 861.

(2) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, 1907, n° 1147, pp. 600 et 601. — P. PONT : *Les petits contrats*, t. 2, 1867, n° 100.

(3) Cette solution est implicitement admise par la Cour de cassation (Com. 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, III, n° 482, p. 428). La caution critiquait l'octroi au créancier d'une hypothèque judiciaire provisoire sur ses biens à la suite de la fusion de la société débitrice. La Cour de cassation maintient cette sûreté en raison du passif existant avant la fusion et remarque que « la Cour d'appel n'a nullement considéré que le cautionnement... se trouvait reporté sur la société nouvelle » : Une telle solution eût pu constituer un moyen de cassation.

la situation juridique du cédé, séparées par la cession (1). Or la caution qui est extérieure à la cession, active ou passive, du rapport principal, est dans la position d'un cédé. La cession des contrats de fourniture en même temps que celle du fonds de commerce concerné doit par exemple entraîner extinction du cautionnement pour l'avenir. La chose a été jugée à propos d'un marché public transmis de l'entrepreneur cautionné à un autre (2). Elle est dans la logique de la règle légale qui «souvent répartit les dettes entre cédant et cessionnaire, en distinguant entre les obligations antérieures et les obligations postérieures à la cession» (3).

La proposition est aussi valable pour la disparition du débiteur (cession passive) que pour celle du créancier (cession active) (4). Ainsi les tribunaux ont-ils admis que le cautionnement général contracté en faveur d'une banque ultérieurement absorbée par une autre ne pouvait garantir que les dettes nées avant l'absorption (5). Bien que la décision ait été rendue dans une situation caractéristique, une atténuation pourrait être glissée concernant la considération statique du créancier. Il se peut que la caution n'ait pas contracté en considération de la totalité des qualités du créancier, mais seulement de certaines d'entre elles : sa considération sera sélective, ne s'attachant qu'à la compétence ou à une qualification professionnelle précise. En ce cas la présence de cette qualité en la personne du créancier cessionnaire devrait permettre à l'obligation de couverture de survivre à la cession (6).

Enfin la considération statique du débiteur ou du créancier interdit l'intervention en cours de cautionnement d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier. Que la cession n'emporte pas libération du cédant ou que la délégation demeure imparfaite n'empêchent pas la dissolution du cautionnement.

(1) C. LARROUMET : *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse précitée, n° 27 et suiv., pp. 47 et suiv.

(2) C.E. 1er avril 1881 : D. 1882, 3, 90.

(3) P. MALAURIE : La cession de contrat, Rep. Defrénois, 1976, précité, n° 51, p. 1034. — Application de ce clivage est effectuée par la loi de 1930 (art. 19, al. 3) en cas de cession du contrat d'assurance, par la loi du 16 juillet 1971 (art. 10 ter, al. 1) en cas de cession de parts d'une société d'attribution, par la jurisprudence sur la cession d'entreprise (Soc. 25 mai 1961, D. 1962, Som. 92 ; 17 octobre 1962, D. 1963, 48).

(4) Comp. l'hypothèse voisine présentée dans Com. 13 mai 1965 (Bull. civ. 1965, III, n° 314, p. 286) : la caution invoquait la substitution frauduleuse du nom d'un créancier à un autre dans l'acte de cautionnement.

(5) Com. 6 mars 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 79, p. 65 ; D. 1979, inf. rap., pp. 138-139, obs. M. VASSEUR. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir souverainement considéré que «de la commune intention des parties, G. n'avait entendu se porter caution qu'au seul profit de la banque (absorbée)».

(6) Comp. cependant : Paris 7 juillet 1975, Gaz. Pal. 1975, 2, 727 : la Cour a refusé d'étendre le cautionnement à la garantie des prêts effectués par un créancier qui travaillait en compte à demi (société en participation) avec le créancier bénéficiaire du cautionnement car le débiteur n'était pas partie à la convention de société et le premier créancier était étranger au contrat de cautionnement. — De même, Com. 6 mars 1978, précité, où la qualité de banquier du créancier absorbant n'a pas suffi à empêcher l'extinction du cautionnement contracté au profit de la banque absorbée.

335. Conclusion : domaine de cette considération. En conclusion l'on doit préciser le domaine de la considération de la personne du débiteur ou du créancier. Cette considération est intrinsèque au cautionnement successif en raison de l'indétermination du passif cautionné. Les éléments de protection de la caution qui suppléent à la connaissance du montant de son engagement sont la connaissance de ceux qui le détermineront. Connaissant le débiteur, connaissant le créancier, connaissant l'activité garantie, elle déduit les bornes prévisibles du passif couvert. Si l'un de ces éléments de référence est supprimé ou modifié, l'engagement est dissout pour l'avenir.

La considération de l'aspect dynamique de la personne du débiteur complète la considération de l'aspect statique de la personne du débiteur ou du créancier. L'existence de ces considérations est supposée dans tous les cautionnements successifs. Cependant la caution a la possibilité d'écarter ces protections, expressément ou même tacitement.

La prise de contre-garanties au profit de la caution diminue sensiblement la considération de la personne. C'est pourquoi les cautions professionnelles auront plus souvent que les autres l'occasion de contracter des engagements successifs dépourvus de considération de la personne du débiteur ou du créancier. Tout est question d'espèce.

L'aval, pour sa part, se place en marge du cautionnement pour ce problème. Puisqu'il est absolument nécessaire que le créancier soit nommément désigné pour que les effets garantis soient déterminés (1), l'aval perd sa vocation à être transmis avec ces effets. Il n'entre d'ailleurs aucunement dans les intentions du créancier, le plus souvent une banque, de céder la garantie dont il dispose, quand bien même il réescompterait les effets (2). L'aval successif qui garantit des effets à créer est donc insusceptible de cession, tant active que passive, sauf si les parties écartent la considération de la personne du créancier ou du débiteur comme elles peuvent le faire dans un cautionnement successif.

La pratique, qui use abondamment du cautionnement successif et général par des cautions non-professionnelles, offre ainsi à la considération de la personne un large terrain d'application. Le phénomène est accentué lorsque s'ajoute une considération particulière de la personne de la caution.

(1) La formule est souvent la suivante : M. X... (caution) s'engage à garantir à la banque Y... le remboursement ... de tous effets... qui seront passés à ladite banque par M. Z... Formule empruntée au formulaire du C.C.F., mais dont l'on retrouve les éléments dans ceux de la B.N.P., de la Société Générale, de la banque WORMS, etc...

(2) La question de savoir si l'aval par acte séparé peut être cédé, dans quelles conditions et avec quelles conséquences, est donc dépassée. Cf. sur ce problème les divergences entre MM. P. LESCOT et R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, 1953, t. 1, n° 509, p. 578 (et R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, 1975, n° 257, p. 218) et M. CABRIL-LAC : op. cit. n° 31-B-d, p. 103 in principio.

SECTION II

CONSIDERATION DE LA PERSONNE DE LA CAUTION

336. — **Dualité de cette considération.** Analysant la structure interne de la considération de celui qui doit, un auteur a été amené à distinguer l'intuitus personae qui concerne la personne elle-même ou ses qualités, de celui qui concerne la personne à travers un groupe, entreprise ou famille (1). Cette distinction, forgée aux rigueurs qu'impose une généralisation, peut s'appliquer au cautionnement sous le bénéfice de quelques aménagements.

Dans le cautionnement, les caractéristiques de la personne de la caution sont masquées par l'intérêt primordial que présente sa surface financière : l'intuitus personae y est essentiellement patrimonial. Toutefois la considération de la personne même de la caution, notion plus large que l'intuitus personae classique, a un rôle à jouer dans le cautionnement (2).

D'une part la place que la caution occupe au sein du groupe qu'elle forme avec le débiteur insère parfois dans le cautionnement une prise en compte de sa position (§ 1).

D'autre part, si l'aspect patrimonial de la sûreté a conduit le législateur à prévoir la transmission de la dette de règlement (art. 2017 C. civ.), ce qui en exclut tout intuitus personae (3), ce principe est d'application dangereuse à l'obligation de couverture. Afin d'en éviter les graves conséquences, il faut tenir compte de l'importante considération de la personne même de la caution que cette obligation particulière suscite (§ 2).

(1) Cf. M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse précitée qui distingue (2^e partie, titre 1) entre la considération de la personne en elle-même (chapitre 1), à travers ses qualités (chapitre 2) et à travers le groupe (chapitre 3).

(2) Cf. en ce sens : M. REMOND-GOUILLOU : *L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*, J.C.P. 1977, I, 2850, n° 18 in fine.

(3) Cf. supra n° 312.

Paragraphe 1

CONSIDERATION DE LA POSITION DE LA CAUTION

337. **Plan.** Il peut être surprenant d'affirmer que dans certains cautionnements successifs le créancier prend en considération bien plus la position de la caution au sein d'un ensemble que sa fortune ou sa compétence. Cette hypothèse est pourtant fréquente en cas de cautionnement donné par un parent du débiteur ou par un dirigeant social garantissant sa société. Le pourquoi et le comment de cette considération de la caution au sein du groupe familial ou de son entreprise (1), étudiés à travers les cas concrets (A), permettront d'apprécier son influence sur l'extinction de l'obligation de couverture (B).

A — Les situations et leur explication

338. — **Intérêts présentés par la position de la caution.** Il n'est point besoin de revenir (2) sur la multiplication actuelle des cautionnements exigés de la part des dirigeants sociaux en garantie de leur société (3). De même nous avons déjà vu que le cautionnement familial n'était pas restreint par l'économie contemporaine : les créanciers professionnels exigent souvent le cautionnement du conjoint ou se félicitent s'ils obtiennent celui du père ou celui du frère de préférence à un autre. La terminologie imagée des groupes de sociétés met en relief les relations entre société mère et filiale, ou entre sociétés sœurs : l'assimilation aux cautionnements familiaux n'en est que plus aisée.

La caution est dans ces hypothèses l'objet d'une considération spéciale due non à ses qualités propres mais à sa position au sein du groupe qu'elle forme avec le débiteur garanti. Par cette position elle acquiert des possibilités de direction et de pression sur le débiteur pour l'inciter à payer à l'échéance. Le créancier, qui désire faire jouer les potentialités que confère cette situation, a des visées différentes d'un simple accroissement de la surface financière répondant de la dette : cette considération paraît même passer au dernier rang, après les autres.

(1) Mme M. CONTAMINE-RAYNAUD utilise les termes d'intuitus familiae et d'intuitus firmæ pour désigner plus la considération de la famille et de l'entreprise à travers la personne du contractant que l'inverse. C'est pourquoi nous n'userons pas de ces termes, applicables à une hypothèse différente de la nôtre. (L'intuitus personæ dans les contrats, Thèse précitée, n° 362 et suiv., pp. 570 et suiv. et n° 378 et suiv., pp. 603 et suiv.).

(2) Cf. supra l'exposé de cette situation, n° 268.

(3) D. MARTIN, traitant des *Rapports des sociétés avec les banques* (J. Cl. Sociétés, fasc. 192-4, 1976) met l'accent sur cette pratique systématique (n° 15).

Les buts du créancier dans ce genre de cautionnements sont triples : impliquer la caution dans l'opération principale afin d'effacer la limitation des responsabilités ; provoquer ainsi chez elle une réaction qui la poussera à utiliser son pouvoir de direction ou de pression afin que le débiteur paie à l'échéance ; enfin écarter un concurrent : le dirigeant créancier en compte courant de sa société ou l'époux créancier de ses reprises (1).

339. — Relation entre le cautionnement et la responsabilité morale.

Les conséquences d'un tel cautionnement sont doubles. Au plan pratique, le cautionnement apparaît détourné de sa finalité naturelle : il vise toujours à l'exécution de l'obligation principale, mais par des voies différentes de l'exécution par la caution. Sa finalité première est d'une part d'aiguillonner la caution dans son influence positive sur le débiteur, d'autre part de la juguler dans l'action négative que pourrait avoir par exemple l'époux qui transférerait dans son propre patrimoine les biens de son conjoint ou encore le dirigeant qui organiserait l'insolvabilité de sa société à son profit.

Au plan théorique, ce cautionnement qui repose sur la considération de la personne de la caution au sein de son groupe naturel met l'accent sur l'un des fondements profonds de l'engagement du garant : le sentiment de responsabilité morale. Parce que le père, responsable de son fils, ou l'ami se sentent une responsabilité morale, parce que le dirigeant social ou l'époux ont incontestablement une responsabilité économique, tous acceptent de contracter des engagements d'une dureté et d'une étendue anormales. Ce sentiment de responsabilité est à la base de tout cautionnement ; lui seul permet d'expliquer l'acceptation d'un risque sans aucune contrepartie économique. Ici il est exacerbé et rendu plus visible par son origine. Si ces personnes se sentent responsables du débiteur, c'est parce qu'elles ont sur lui un pouvoir de direction ou d'injonction. Responsabilité et pouvoir sont donc liés au cautionnement, à l'acceptation de ses clauses draconiennes comme à son existence même.

La disparition du pouvoir de direction ou d'injonction, la disparition corrélative de la responsabilité économique ou morale entraîneront chez la caution le refus légitime de garantir un avenir sur lequel elle n'a plus de prise (2). Dans les cautionnements successifs une scission est possible entre les dettes nées qui demeurent garanties et les dettes futures qui ne devraient plus l'être. Qu'en est-il en droit positif ?

Deux situations sont exclues de notre propos car la considération de la personne y est à la mesure du pouvoir de la caution, c'est-à-dire très faible. Il s'agit des relations entre parents et enfants et entre amis. Alors que les banques et établissements financiers exigeront le cautionnement du P.D.G. ou du mari, ils n'exigeront pas celui du père ou de l'ami en raison de leurs relations avec la caution.

(1) Cf. supra n° 269.

(2) De la même façon que la responsabilité des parents cesse lorsque l'enfant quitte le toit familial (art. 1384, al. 4 C. civ.) ou que la responsabilité du commettant disparaît avec la perte de cette qualité (art. 1304, al. 5 C. civ.).

340. — Cas de dislocation du groupe et de perte de sa position par la caution. En revanche les cautionnements dans lesquels la caution a été nominale-ment déterminée par le créancier sont bouleversés par la dislocation du groupe débiteur-caution. Le contentieux publié sur ces questions donne une indication sur les hypothèses de modification de la position de la caution au sein du groupe.

Le cautionnement d'un époux par l'autre, s'il est fréquemment donné pour des dettes déterminées (prêts à la consommation notamment) l'est plus rarement pour un ensemble de relations commerciales ou professionnelles. Néanmoins un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 juin 1969 a tranché un conflit entre le mari, caution de sa femme pour toutes les obligations qu'elle pourrait contracter envers son commettant, et celui-ci (1). Le mari invoquait le divorce prononcé entre sa femme et lui pour échapper au paiement du passif postérieur, ce que lui refusèrent les juges du fond et la Cour de cassation.

Le cautionnement par les dirigeants ou par le maître de l'affaire d'une société emportant limitation de responsabilité donne lieu, en cas de disparition de leur qualité, à bien des difficultés contentieuses. C'est parfois après une transformation de société que le dirigeant social perd le contrôle de celle-ci et sa position antérieure (2) mais c'est plus souvent à la suite d'une cession de

(1) Com. 24 juin 1969, J.C.P. 1970, II, 16221 note R. PRIEUR : Gaz. Pal. T.Q. 1966-70, V^o Cautionnement, n^o 62-63. — Rapp. Com. 28 février 1977, Gaz. Pal. 1977, 1, Som. p. 190 ; D. 1977, I.R., 235 ; J.C.P. 1977, IV, 110 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Chron. dr. banc.*, J.C.P. 1978, I, 2902, n^o 88. La femme caution de son mari reste tenue même après son divorce ; mais le sommaire ne permet pas de savoir s'il s'agit d'un cautionnement à exécution successive ou instantanée. — Comp. une autre affaire portant uniquement sur le caractère civil ou commercial du cautionnement : la femme du gérant de la S.A.R.L. débitrice était caution de la société appartenant à son mari et dont elle détenait quelques parts : Com. 11 juin 1976, D. 1976, I.R., p. 257, V^o Cautionnement.

(2) Com. 8 juillet 1969, Banque 1970, p. 296, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 160, obs. R. HOUIN (transformation d'une S.A.R.L. en S.A. ; perte pour l'ancien gérant de la direction de la société). — Com. 8 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n^o 278, p. 263 ; D. 1973, p. 753, note P. MALAURIE (1ère esp.) et Rep. Defrénois 1974, p. 39 ; Gaz. Pal. 1973, 1, 143, note D. MARTIN ; Rev. trim. dr. com. 1973, p. 294, obs. R. HOUIN (Transformation d'une société en commandite en société anonyme ; perte pour l'ancien gérant du contrôle de la société et de sa direction). — Com. 16 octobre 1978, Bull. civ. 1978, IV, n^o 227, pp. 191-192 ; D. 1979, inf. rap., p. 55 (transformation d'une S.A.R.L. en S.A., l'ancienne gérante devenant actionnaire minoritaire). — Lyon 21 janvier 1971, Banque 1973, p. 503, obs. L.M. MARTIN (transformation d'une S.A.R.L. en S.A. et départ de l'ancien gérant à cette occasion). — Comp. par a contrario le jugement qui maintient le cautionnement du gérant de la S.A.R.L. transformée en S.A. au motif que l'intéressé avait conservé la même position en devenant P.D.G. : Trib. com. Lyon, octobre 1969, p. 160 et les observation en ce sens de R. HOUIN.

ses parts ou actions (1) ou de sa démission (2).

Le contexte qui avait donné naissance au cautionnement est bouleversé, tant du point de vue du créancier, dont les raisons d'exiger l'engagement de telle personne disparaissent, que de la caution. D'ailleurs le même créancier ne manquera pas d'exiger du nouveau dirigeant (ou du nouveau conjoint) le même engagement (3). Quelle est alors la situation de la première caution, lorsque le cautionnement ne fait aucune mention de cet événement ?

Si son engagement comporte un terme extinctif, elle demeure liée malgré le changement de sa position. Les parties ont par cette stipulation montré l'importance qu'elles attachaient à la durée et la moindre considération qu'elles avaient pour la caution (4).

Si son engagement est dépourvu de terme, la caution a la possibilité de révoquer son cautionnement. Il est d'ailleurs des cas où elle le fait (5). Mais d'une part les résultats de cette résiliation ne sont pas toujours convaincants (6) et d'autre part une telle opération nécessite plus d'attention que les cautions n'en apportent généralement à leur engagement. Les cautionnements, et surtout les cautionnements généraux, sont présentés comme un papier de plus à signer, comme un document interne nécessaire à la constitution du dossier de prêt. Comme les banques cultivent une fâcheuse tendance à n'établir qu'un

(1) Lyon 4 juin 1934, Gaz. Pal., T.Q. 1935-40, V^o Cautionnement, n^o 19-20, Mon. Jud. Lyon 31 mars 1935. — Douai 18 mai 1977, cité par C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Chron. dr. banc.*, J.C.P. 1978, I, 2902, n^o 88 (la caution fut libérée au motif que le créancier avait exigé le cautionnement de son successeur). — Trib. com. Seine 19 juin 1962, D. 1962, p. 769, note R. SAVATIER. — Adde : Com. 20 novembre 1956, Bull. civ. 1956, III, n^o 295, p. 257 où le gérant de la S.A.R.L. prétendait avoir averti son créancier, mais fut malgré tout débouté.

(2) Com. 2 décembre 1974, Bull. civ. 1974, IV, n^o 308, p. 255 ; D. 1975, Som. p. 46 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Chron. dr. banc.* J.C.P. 1976, I, 2801, n^o 68. — Com. 17 décembre 1974, Bull. civ. 1974, IV, n^o 330, p. 272 ; D. 1975, Som. p. 46 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET : op. cit. n^o 70. — Com. 16 février 1977, cité par C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Chron. dr. banc.*, J.C.P. 1978, I, 2902, n^o 88. — Com. 17 juillet 1978, Bull. civ. 1978, IV, n^o 200, p. 169 ; D. 1979, inf. rap., p. 30. — Paris 6 décembre 1968, Rev. jurisp. com. 1969, pp. 230 à 235, note M. CARTERON.

(3) Cette pratique a d'ailleurs été dans certains cas un des motifs de la libération de l'ancienne caution : Trib. com. Seine 19 juin 1962, précité.

(4) Néanmoins un terme trop éloigné ou visiblement imposé pour léser la caution peut être écarté par le juge. Le contrat retrouve alors sa véritable qualification de contrat à durée indéterminée : cf. B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris 1973, Dactyl., n^o II-59 à II-62, pp. 184 à 189.

(5) Cf. Com. 22 novembre 1972, Rev. trim. dr. com. 1973, p. 309, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : Un gérant de S.A.R.L. a résilié son cautionnement après transformation de la société en S.A.

(6) Ainsi la caution qui avait averti son créancier de la cession de ses droits sociaux, mais qui ne fut pas libérée pour ne pas avoir respecté les formes imposées par un acte de cautionnement qu'elle ne détenait pas : Com. 20 novembre 1956, Bull. civ. 1956, III, n^o 295, p. 257. — De même le mari dont on a jugé que la demande de décharge pour l'avenir adressée au créancier en raison de son divorce ne valait pas résiliation : Com. 24 juin 1969, J.C.P. 1970, III, 16221, note R. PRIEUR.

seul exemplaire du cautionnement, la caution peut légitimement avoir oublié envers quels créanciers elle était engagée.

En règle générale la caution n'effectue pas la manœuvre qui pourrait la dégager (1). Peut-elle malgré cela être automatiquement libérée par extinction de son obligation de couverture lorsqu'elle perd la position qui avait justifié son engagement ?

B — L'influence de la considération de la caution

341. — Optique adoptée. La considération de la position de la caution à l'égard du débiteur doit être tenue pour acquise lorsque le créancier a exigé le cautionnement en raison de cette position (2). Les cautions ont invoqué cet élément pour justifier une extinction de leur obligation de couverture après modification de leur position. Certaines juridictions leur ont donné gain de cause (3) non sans attiser les critiques contre la mansuétude des juges du fond envers les cautions. Il faut reconnaître que leur motivation, touffue à force de vouloir être convaincante, n'est pas exempte de défauts.

Il faut d'abord écarter du débat toute sensiblerie ou toute volonté de protection d'un contractant plutôt que d'un autre. La caution tout comme le créancier méritent attention et intérêt. L'un comme l'autre peuvent justifier d'une action utile dans le cadre contractuel et peuvent atteindre le cœur en démontrant les besoins qu'ils ont des sommes en jeu. Le problème doit être placé sur le terrain exclusivement juridique et résolu par des arguments techniques. Les circonstances concrètes de chaque espèce permettent seulement d'aménager la solution dégagée.

Nombre d'explications sont proposées pour justifier l'extinction pour l'avenir du cautionnement. Elles reposent sur la notion de cause (a), l'étendue de l'engagement (b) ou le terme extinctif (c). C'est dans cette dernière voie que

(1) Sur l'inefficacité de la résiliation unilatérale comme mode de protection de la caution, cf. supra n° 292 et 293.

(2) Le juge également, en certaines hypothèses, tient compte des pouvoirs ou informations que confèrent à la caution sa position : pour déterminer en quelle qualité un gérant de société s'est engagé (Com. 9 mars 1976, Bull. civ. 1976, IV, n° 84, p. 71) ; pour limiter le montant du cautionnement de l'épouse en fonction des lettres reçues par le mari (Cass. 13 novembre 1867, S. 1868, I, 202). Lorsque cette prise en considération pourrait être défavorable à la caution, elle est écartée (Com. 29 janvier 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 48, pp. 40-41).

(3) Lyon 4 juin 1934, Gaz. Pal., T.Q. 1935-46, 49 Cautionnement, n° 19-20 ; Mon. jud., Lyon 31 mars 1935. — Trib. com. Seine 13 juin 1962, D. 1962, pp. 769-772, note R. SAVATIER vivement approuvée.

nous avons proposé de trouver la solution (1) et c'est elle que nous retiendrons après avoir écarté les autres.

a) La cause ne peut servir de fondement solide à l'exécution de l'obligation de couverture

342. — **Théorie de la persistance de la cause - Rejet.** 1°) - Prenons tout d'abord l'argumentation de ses partisans qui raisonnent sur la base d'un cautionnement monolithique (2). Selon eux la cause de l'engagement de la caution réside dans les liens qui l'unissent au débiteur principal, dans l'intérêt qu'elle a à ce que le créancier fournisse une prestation quelconque à ce débiteur. Ces deux éléments sont liés, la caution ne prenant en considération la prestation du créancier que parce qu'elle en profitera indirectement par l'intermédiaire du débiteur (3). La caution prétend alors que la disparition de sa relation avec le débiteur prive son engagement de toute cause, «de tout son sens» ; plus juridiquement elle invoque parfois une novation par changement de cause, sans s'arrêter à l'absence de consentement du créancier (4) ; le plus souvent elle argue principalement sur la disparition de la cause-condition de validité du contrat de cautionnement.

Pour qu'un tel raisonnement aboutisse il faudrait d'abord que le cautionnement ait réellement une cause (5), ensuite que celle-ci soit une condition d'existence nécessaire tout au long de son exécution. Le cautionnement a-t-il une cause ? Il n'y a pas une seule réponse, mais deux car il y a deux sortes de causes. Le cautionnement contrat unilatéral ne saurait avoir de cause objective, de contrepartie, ainsi que les anti-causalistes l'ont démontré. En revanche comme tout acte juridique il est motivé par des raisons profondes et personnelles à la caution : ses mobiles. Ceux-ci parviennent à la vie juridique lorsqu'ils sont

(1) Cf. supra les développements sur la notion de terme extinctif, spécialement n° 270.

(2) Nous retiendrons surtout l'argumentation déployée par le Tribunal de commerce de la Seine (19 juin 1962 ; précité) et par le pourvoi du sieur LEMPEREUR rejeté par Com. 8 novembre 1972, précité.

(3) Le jugement du Tribunal de commerce de la Seine, ainsi que l'annotateur (M. le Doyen SAVATIER) insistent surtout sur la relation caution-débiteur, de même que le mari divorcé (Com. 24 juin 1969, précité) et le jugement du Tribunal de commerce de la Seine (30 janvier 1968) réformé par Paris 6 décembre 1968, précité). Le sieur LEMPEREUR et la Cour de cassation ont mis l'accent sur la prestation du créancier.

(4) Argumentation retenue par le jugement réformé du Tribunal de commerce de Paris du 6 décembre 1968.

(5) Sur la cause dans le contrat de cautionnement, cf. la note de P. MALAURIE : Dalloz 1973, p. 753 (et Rép. Défrenois 1974, p. 39) sous Com. 8 novembre 1972 et 9 avril 1973. L'auteur expose brillamment les positions doctrinales et analyse clairement les arrêts commentés mais ne donne pas son sentiment sur la question. — Adde : C. GAVALDA et G. PARLEANI (*J. Cl. com. annexes, Banque et bourse*, fasc. 36, n° 107 à 110, et n° 115) pour un bref exposé.

extériorisés, lorsqu'ils entrent dans le champ contractuel. Le cautionnement a donc une cause subjective. Mais la cause subjective est impuissante à régir l'existence de l'engagement : si elle permet d'en contrôler la moralité ou la conformité à l'ordre public, elle n'est pas utile pour apprécier s'il y a absence de cause ou fausse cause. Peut-être est-ce pour cette raison que nombre d'auteurs préféreraient voir dans le cautionnement un acte abstrait ? (1).

Quand bien même existerait-elle, cette cause devrait encore, pour que sa disparition soit un événement extinctif, être permanente. Or la jurisprudence a eu à maintes reprises l'occasion de manifester son opposition à la théorie de la permanence de la cause, même dans les contrats successifs (2).

343. — Cause et promesse de contrat.^{2°}- Pour tourner la difficulté l'on pourrait recourir à la notion de promesse de contrat (3). Le cautionnement successif serait une promesse de garantir les dettes à naître ; chaque nouvelle dette nécessiterait donc pour être couverte la réunion des éléments normaux de formation des contrats entre caution et créancier. L'absence de l'un d'eux interdirait pour l'avenir que la caution soit engagée. Pour séduisant qu'il soit, le raisonnement pêche à la base et nous avons déjà exposé les raisons qui nous font rejeter la qualification de promesse pour un engagement parfait dès sa conclusion (4).

Echouant sur le terrain général de la cause, les arguments furent engagés sur le terrain plus spécial de l'étendue du cautionnement.

b) Rejet du moyen reposant sur l'étendue du cautionnement

344. — Etendue du cautionnement : Rejet. En s'appuyant sur l'article 2015 C. civ. qui enjoint de ne pas étendre le cautionnement «au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté», l'on a pu soutenir que les parties, en faisant une référence implicite à l'activité du débiteur telle que la caution

(1) Non seulement H. CAPITANT (cf. supra n° 267) mais également G. BUFNOIR (*Propriété et contrat* : Paris 1900, p. 533) ; E. THALLER (*Traité élém. dr. com.* n° 1293) et un certain temps P. ESMEIN et J. MAURY (cités par P. MALAURIE, note précitée, in principio).

(2) En sus de l'arrêt LEMPEREUR précité, cf. pour la netteté de sa motivation : Civ.1, 8 janvier 1974, D. 1975, p. 305, note C. LARROUMET, extérieur au cautionnement.

(3) Cf. R. SAVATIER (note précitée au Dalloz 1962, spécialement II et III de la note, pp. 771 et 772) qui reprend certains motifs du jugement commenté. Noter cependant que les conséquences de la promesse ne sont pas utilisées sur le terrain de la cause (III de la note) mais sur celui de l'objet et des motivations profondes (II de la note).

(4) Cf. n° 253.

pouvait la régir et la limiter, posaient les bornes du cautionnement (1) : si le dirigeant-caution « a signé cet engagement sans limite de durée ni de somme c'est parce qu'il le subordonnait implicitement au contexte » (2). En sachant qu'il serait le seul à décider des dettes futures, le dirigeant-caution savait aussi qu'il réglerait le volume de son engagement. S'il vient à perdre la qualité qui lui permettait de déterminer les dettes couvertes, le garant peut invoquer le dépassement de l'objet initialement prévu.

Le raisonnement ne manque pas d'attrait mais il se heurte au nécessaire respect des stipulations contractuelles, même lorsqu'elles consistent en des mentions prérédigées. Or les cautionnements successifs bancaires contiennent une clause lourdement mais attentivement rédigée qui précise que l'engagement couvrira les dettes nées ou à naître de toutes opérations entre le débiteur et le créancier ; suit parfois une énumération non limitative des principales sortes de dettes garanties. En consacrant une ou plusieurs clauses à l'objet sans préciser que les dettes devront être engagées par tel dirigeant, le contrat exclut toute extrapolation de ses termes. L'absence de toute précision sur l'étendue laisserait plus de champ pour rechercher l'intention profonde des parties ; ce qui est impossible sur le terrain du montant devient possible sur celui de la durée.

c) Considération émanant du créancier

345. — Evénement supplétif du terme. L'analyse de la considération portée à la position de la caution en un germe de terme extinctif n'a pas été soumise aux tribunaux. Elle a à peine été effleuré en doctrine (3) mais elle ne nous retiendra que le temps d'appliquer à la situation décrite les éléments généraux de la solution précédemment dégagée et retenue (4).

La personnalité morale de la société ne fait pas écran à la considération de ses dirigeants lors même que les actes sont effectués par la société (5). A fortiori la considération de la position de dirigeant est-elle certaine lorsqu'il s'agit d'un engagement personnel de celui-ci en complément et garantie de relations

(1) Argument retenu par la Cour d'appel de Rouen (28 janvier 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 1, 32, note D. DESFORGES) dans un cas de transformation de société. Adde : C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. Com.*, annexes Banque-bourse, fasc. 36, n° 116 et 117.

(2) R. SAVATIER, note précitée, II, p. 771, 2^e col.

(3) Cf. P. SIMLER : *J. Cl. Civ.* art. 2011-2020 (3^e fasc.) n° 36 et art. 2034-2039, n° 166. Et dernièrement, en termes catégoriques : Note au *J.C.P.* 1979, II, 19154 sous *Com.* 16 février 1977, I-B de la note.

(4) L'étude du terme extinctif comme cause d'extinction de l'obligation de couverture en cas de perte par la caution de sa position au sein du groupe a été menée lors de l'étude du terme : cf. *supra* n° 267 à 271 et plus spécialement n° 270.

(5) Cf. P. COULOMBEL : *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*, Thèse, Nancy, p. 376. — M. CONTAMINE-RAYNAUD : *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris 1974, n° 385, pp. 617 à 620 ; qui voit dans cette considération spéciale une limite à l'intuitus firmæ.

d'affaires avec sa société. La considération que le créancier porte à la qualité de dirigeant (ou d'époux) de la caution s'est d'ailleurs manifestée par l'exigence de cette caution et non d'une autre. En incluant cette considération le créancier a coloré le cautionnement d'intuitus personae.

L'inclusion de cette considération prouve bien d'ailleurs que le cautionnement est un contrat. DEMOGUE demandait en effet : « Pourquoi le cautionnement est-il encore un contrat et non un acte unilatéral de la caution... ? » (1). Certes les impératifs d'économie de temps et d'activité qu'il invoque ont un rôle à jouer ; mais ils ne sauraient interdire au créancier d'inclure dans son contrat des conditions spéciales qu'il aménage en fonction de ses besoins. L'acte unilatéral ne répond pas à ces exigences.

Cette liaison qu'établit le créancier entre le rôle tenu par la caution à l'égard du débiteur et son engagement n'a point de conséquence lorsqu'il s'agit du cautionnement d'une dette née. Mais lorsque le cautionnement est général, sans limite de temps, de montant ni d'étendue, cette considération de la position de la caution qui émane du créancier est reprise par la caution elle-même. Si elle s'engage dans ces conditions c'est parce qu'elle sait pouvoir déterminer de facto le volume de son endettement en contrôlant le passif de la société à l'égard du créancier.

La considération de la position de la caution entre ainsi dans le champ contractuel. Les parties en font un élément fondamental du contrat, dont la disparition jouera à la façon d'un terme extinctif. La caution intégrée au groupe ne doit plus être tenue lorsque le groupe se désintègre. La perte de sa position est un événement supplétif du terme.

346. — Conclusion : domaine restreint et caractère supplétif. En résumé, la considération de la caution à travers sa position à l'égard du débiteur doit être reconnue de façon générale comme une cause d'extinction de l'obligation de couverture (2). La perte de la qualité qui avait justifié l'exigence du cautionnement par le créancier et sa signature par la caution doit mettre fin à la charge des dettes postérieures. Élément fondamental du cautionnement successif, elle en régleme la durée.

Cette considération particulière de la caution ne concerne qu'une fraction des cautionnements successifs. En règle générale le contexte des hypothèses concernées (cautionnement d'un époux par l'autre et cautionnement d'une société par son dirigeant) établit la relation étroite entre la caution et le débiteur garanti. La considération de la caution à travers le groupe qu'elle forme avec le débiteur s'en trouve renforcée. Il est toutefois possible aux parties

(1) Notions fondamentales du droit privé, p. 151.

(2) Comp. M. REMOND-GOUILLOU : *L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*, J.C.P. 1977, I, 2850, qui remarque que « la prise en considération de la disparition des relations entre caution et débiteur principal paraîtrait utile » (n° 25) mais qui subordonne le jeu de cette cause d'extinction à une extériorisation de la volonté de la caution (note 89).

d'écarter cette considération. Pour cela une clause spéciale sera nécessaire à moins que le contexte ne démontre l'indifférence indubitable des contractants à l'égard de la position de la caution.

Le champ d'application de l'extinction par perte de la position considérée est donc réduit. La considération de la caution à travers le groupe familial ou économique est une cause exceptionnelle d'extinction. L'élément considéré explique cette restriction. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de considération de la personne elle-même, le champ d'application s'étend.

Paragraphe 2

CONSIDERATION DE LA CAUTION ELLE-MEME

347. — **Décès de la caution.** Contrairement aux situations précédentes il ne s'agit pas d'une considération *in concreto*, d'un *intuitus personae* attaché à telle caution dans tel cautionnement, mais d'une considération générale des cautions dans les cautionnements successifs, d'une considération *in abstracto*. L'on s'éloigne donc de l'*intuitus personae* pour se rattacher aux solutions plus générales.

Un conflit naît en effet de l'opposition apparue en certains cas entre la vocation à la perpétuité des relations d'affaires garanties et le sort mortel des cautions personnes physiques qui sont exigées (1). Le président d'une coopérative agricole ou viticole qui cautionne le compte courant ouvert par le Crédit Agricole, le père qui cautionne les relations d'affaires de la société de son fils avec une banque, s'éteindront avant leur engagement. Le cautionnement, jamais renouvelé, jamais invoqué, enseveli dans la mémoire de son auteur, que nulle manifestation comptable ne révèle, que nul *instrumentum* ne concrétise dans les archives de la caution **pourrait** grâce au potentiel d'éternité que recèlent ses clauses défier les générations et rompre les attaches à la personne de son auteur.

Le principe de la transmission des dettes aux héritiers s'applique à l'obligation de règlement, c'est-à-dire à la charge des dettes cautionnées qui sont certaines et déterminées (2). Peut-il s'étendre à l'obligation de couverture et faire peser sur l'héritier la garantie de toutes les opérations à venir que le créancier et le débiteur continueront d'effectuer ? Il ne faut point miser sur une résiliation du cautionnement : l'ignorance fort probable de l'héritier pour

(1) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ont mis en lumière le danger qui découle de ce hiatus : cf. obs. Rev. trim. dr. com. 1970, pp. 459 et 460 sur Com. 16 décembre 1969, spécialement p. 460.

(2) Cf. supra n° 312.

cet engagement la rend impossible. Certes un coup d'arrêt sera donné lorsque le décès emporte perte de la position en considération de laquelle le cautionnement avait été conclu ; mais encore faut-il que cette cause d'extinction soit ouverte.

La jurisprudence est à l'heure actuelle très stricte et assimile les cautionnements successifs à une dette née : les héritiers sont donc tenus de garantir les dettes apparues après le décès (A). Cette solution contestée en pratique comme en doctrine, nous apparaît fort critiquable. Nous proposerons donc la solution opposée de l'extinction de l'obligation de couverture (B).

A — Solution actuelle : transmission du cautionnement successif

348. — Les espèces tranchées. Le problème a été posé assez souvent aux tribunaux pour qu'ils établissent une ligne de conduite ferme : le décès de la caution n'a aucune influence sur le cautionnement, qu'il soit successif ou instantané.

1 - La première décision, remarquable par la sagesse et la rédaction de sa motivation, émane de la Cour d'appel de Besançon et date de 1884 (1). Un père avait cautionné son fils en ces termes : « Je m'engage à garantir les avances en compte courant ou sur billets négociables que la maison Tournier pourra faire à mon fils Francis... J'engage mes héritiers sous la clause solidaire ». Décédé deux ans plus tard, il n'avait laissé à ses autres héritiers aucune indication à ce sujet. Ce n'est que cinq ans après que le banquier fit jouer le cautionnement. La Cour lui donna gain de cause car « rien, dans ce cautionnement, ne permet de considérer le décès de Verdant Père (la caution) comme devant entraîner l'extinction des effets qu'il était destiné à produire ; que pour qu'il en fut autrement, il faudrait trouver dans ses termes une clause expresse, ou dans son esprit une intention clairement manifestée ».

En une formule succincte sont ramassés les arguments des tenants de la transmission du cautionnement successif : le principe de la transmission s'applique au cautionnement comme à tout contrat, sauf stipulation contraire ou *intuitus personae* marqué (art. 1122 C. civ.). Ce n'est point le cas en général, ni même en l'espèce où la Cour de Besançon découvrit « plutôt l'expression d'une pensée contraire ».

Quant à l'ignorance dans laquelle les héritiers se trouvaient de l'existence du cautionnement, « la faute doit en être exclusivement imputée à Verdant Père » : à ses ayants droits d'en supporter les conséquences !

(1) Besançon 6 février 1884, D.P. 1885, 2, 31.

2- Le décor change mais non la solution dans une affaire plus récente aux multiples rebondissements judiciaires. La caution engagée sans aucune limite à couvrir toutes les dettes d'une société envers une banque décède l'année suivante, laissant trois enfants mineurs. Trois ans plus tard la société cautionnée dépose son bilan, alors qu'elle n'avait aucune dette lors du décès de sa caution. La banque réclamant le solde du compte courant, la Cour d'appel de Lyon, s'appuyant maladroitement sur l'indivisibilité du compte courant, décida en 1962 que les héritiers n'étaient en rien tenus (1). Sa décision fut cassée (2) et la Cour de cassation eut même l'occasion d'affirmer une seconde fois sa conviction à la suite d'un nouveau pourvoi (3) ; ce pourvoi porté devant une chambre différente critiquait la solution précédemment donnée par la Chambre commerciale à laquelle la Cour de renvoi avait fait chorus (4). La défense des héritiers reposait principalement sur l'interprétation de l'article 2017 C. civ. qui concerne expressément le problème de la transmission héréditaire du cautionnement. Instruits des déboires de leurs prédécesseurs sur le terrain du fait (le caractère intuitu personae du cautionnement) ils avaient agi sur celui du droit (le principe même de la transmission). Ceci donna l'occasion à la plus haute juridiction judiciaire d'exprimer en termes catégoriques son avis en la matière.

3- Cet avis fut repris et appliqué dans une dernière affaire, semblable à la précédente, tranchée par la Cour d'Amiens le 31 octobre 1974 (5).

349. — La solution. Ne faisant pas la distinction entre un cautionnement successif et un cautionnement instantané, la jurisprudence applique donc le droit commun. Le seul caractère de contrat à exécution successive ne paraît pas justifier une dérogation : le bail se poursuit malgré le décès de l'une ou l'autre des parties (mais justement le bail ne serait-il pas l'exception ? conclu intuitu rei, il dure autant que la chose et c'est la disparition de celle-ci qui y met fin : art. 1741 C. civ.).

Puisque le droit commun contenu dans l'article 1122 C. civ. est considéré comme applicable, il faut aplanir la dernière difficulté née de l'existence d'un texte spécial au cautionnement : l'article 2017 C. civ. Ce texte dispose que «les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fut obligée».

(1) Lyon 16 janvier 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 1, 400.

(2) Com. 14 novembre 1966, *Bull. civ.* 1966, III, n° 427, p. 377 ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, 77 ; D. 1967, 198 ; Banque 1967, p. 115, obs. X. MARIN ; *Rev. trim. dr. civ.* 1967, p. 627, obs. J. CHEVALLIER ; *Rec. gén. lois (Comaille)* 1967, p. 348, obs. M. VASSEUR et p. 271, obs. Y. LAMBERT-FAIVRE.

(3) Civ. 16 décembre 1969, *Bull. civ.* 1969, I, n° 396, p. 317 ; D. 1970, Som. p. 146 ; J.C.P. 1970, IV, p. 23 ; Banque 1970, p. 400, obs. X. MARIN ; *Rev. trim. dr. com.* 1970, p. 459, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(4) Grenoble 5 mars 1968, Banque 1968, p. 807, obs. X. MARIN.

(5) *Gaz. Pal.* 1975, 1, 321 (avec la date erronée du 17 octobre) ; D. 1975, somm. p. 17.

La loi du 22 juillet 1867 a bien supprimé la contrainte par corps en matière civile mais elle n'a pas modifié le texte de l'article 2017 C. civ.

Les cautions arguent donc de la seule abrogation de la proposition : «à l'exception de la contrainte par corps» et interprètent les propositions restantes de façon à ne transmettre aux héritiers que les dettes nées au jour du décès, les seules qui soient «telles que la caution y fut obligée».

Les tribunaux n'ont pas rejeté ce découpage mais ont considéré l'exigence légale comme un impératif d'existence de l'obligation : il n'est pas nécessaire que la dette soit exigible lors du décès pour être transmise ; il suffit qu'elle existe. Autant que l'on puisse analyser la formule jurisprudentielle fort sibylline sous sa simplicité (1), la Cour de cassation paraît considérer que c'est l'engagement pris par la caution de couvrir les dettes à venir qui passe aux héritiers. Il y aurait donc, sous une terminologie imprécise, transmission de l'obligation de couverture. Celle-ci survivant au décès de la caution originaire, les héritiers devraient garantir les dettes de règlement alors même qu'elles naîtraient après le décès.

Nous ne saurions critiquer la part du raisonnement qui conforte notre conception des cautionnements successifs en y décelant deux sortes d'obligation : une obligation générale et successive de couverture, plus des obligations spéciales et instantanées de règlement (appelées les dettes par l'arrêt de 1966). En revanche nous critiquons vivement, avec la doctrine quasi unanime (2), la règle de la transmission de l'obligation de couverture.

B — Solution proposée : extinction de l'obligation de couverture

350. — Plans. Proposer que le décès éteigne l'obligation de couverture et donc supprime le cautionnement pour l'avenir demande à être justifié (a) et son régime à être déterminé (b).

(1) «L'article 2017 C. civ., aux termes duquel les engagements des cautions passent à leurs héritiers, requiert seulement pour son application que l'engagement fut tel que la caution y fut obligée, mais non que l'obligation de la caution fut exigible lors du décès de celle-ci» (Civ. 16 décembre 1969 précité). — Cette formule amende sensiblement la précédente qui contenait une contre-vérité flagrante due à une rédaction imprécise : «l'engagement de la caution... devait... passer à ses héritiers, même si, au moment du décès de la caution, la dette n'existait pas encore, l'article 2017 du Code civil ne requérant pas, pour son application, que l'obligation de la caution soit exigible lors du décès de celle-ci». Com. 14 novembre 1966, précité.

(2) Parmi les nombreux annotateurs de ces décisions, il n'y a eu que MMs. MARIN et VASSEUR pour se féliciter de la solution pratique (obs. précitées).

a) Justification de la solution

L'absence d'obstacles à l'extinction du cautionnement (1^o) se renforce d'arguments favorables (2^o).

1^o - Absence d'obstacles

Ni le texte de l'article 2017, dont la rédaction et l'origine sont fort ambiguës, ni le désir de protéger les transactions et le crédit ne peuvent interdire l'extinction de l'obligation de couverture.

351. — Analyse historique. 1) - L'on doit s'interroger d'abord sur le sens et ensuite sur la portée de l'article 2017 C. civ. afin de savoir si la règle qu'il pose : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers... » est susceptible d'aménagement ou pas.

Sachant que l'article 1122 C. civ. pose déjà le principe de la transmission héréditaire des engagements, l'on peut être tenté de penser que l'article 2017 C. civ. n'a pas pour but de rappeler platement un principe mais de le renforcer en supprimant les restrictions qu'apporte l'article 1122 (1).

L'Histoire éclaire le sens du texte et écarte cette interprétation. En ancien droit romain le cautionnement (*sponsio*, *fidepromissio*) était attaché à la personne de la caution au point de disparaître avec elle. GAIUS avait déjà distingué de celui-ci la *fidejussio* qui se transmettait aux héritiers (2). JUSTINIEN reprit la formule dans ses *Institutes* (3) et l'on estima nécessaire de la conserver dans le Code civil (4) car certaines coutumes continuaient de libérer la plègue à son décès (5).

(1) Une variante de cette explication soutient que l'art. 2017 était nécessaire car le terme stipuler employé par l'art. 1122 ne concernerait que les créances (par opposition à « promettre » qui viserait les dettes) ; le cautionnement ne consistant qu'en un passif il aurait fallu une disposition expresse pour permettre sa transmission. — Cette interprétation est écartée par l'acception large du mot stipuler dans l'art. 1122 qui est aujourd'hui communément admise.

(2) GAIUS : *Com.* III, § 120.

(3) De FIDEJUSSOR, III, XX, § 2 : « *fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem selinquit obligatum* ».

(4) V. MARCADE insinue même que la reproduction de la règle aurait eu lieu comme par inadvertance, en recopiant « les auteurs qui eux-mêmes avaient pris leurs décisions dans le Droit romain » : *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel, t. 18, 4^e ed^o, 1844, n^o 322, p. 314.

(5) Toutamment la coutume de BOURGOGNE : cf. Les références et mentions citées par D.A. PONSOT : *Traité du cautionnement* (1884), n^o 127, pp. 136 et 137. — Adde : BEAUMANOIR : *Coutume de Beauvoisis* ; t. 43, art. 4 : « qui pleige, s'il est semons de sa plegerie, si que commandement l'en soit fait avant qu'il meure, il convient que ses hoirs respondent de la plegerie... Mais s'il meurt avant qu'il soit trait en court, et que commandement l'en soit fait, les hoirs ne sont de rien tenus à répondre de la plegerie de leur père ».

A ceci s'ajoute la justification la plus logique et qui s'inspire elle aussi des précédents au Code. Par souci d'une juste protection des héritiers, DOMAT précisait déjà que la contrainte par corps ne se transmettait pas : «Le fidéjusseur a pu obliger sa personne, mais non celle de ses héritiers» (1).

S'il n'y eut ni débat ni discussion lors de la préparation du Code civil au sujet de l'article 2017 (2), les sources que nous connaissons de «la culture juridique des artisans du Code civil» (3) sont garantes de l'exactitude de ces explications.

Si donc l'article 2017 C. civ. s'explique surtout par le désir d'empêcher la transmission de la contrainte par corps, qu'en reste-t-il aujourd'hui que cette coercition a été abolie ? Un texte mutilé, ambigu, dont l'analyse logique confirme le diagnostic d'inutilité porté par l'analyse historique (4). Superflu, cet article ne peut donc faire obstacle au jeu du droit commun et de l'article 1122.

352. — Politique économique. 2) - Quant au désir de protection du crédit qui justifie la continuation de la personne du défunt et la charge successorale des dettes, il n'est d'aucune efficacité en notre matière. Le cautionnement successif peut très bien s'interrompre sans laisser le créancier désarmé puisque les dettes de règlement nées antérieurement au décès demeurent garanties par le cautionnement même après celui-ci. Seules les dettes dont la naissance a lieu postérieurement à la disparition de la caution resteront sans garantie. Mais il est parfaitement loisible au créancier de subordonner la continuation des relations d'affaire à l'octroi d'une nouvelle caution en remplacement du garant décédé. L'absence d'obstacle à l'extinction de l'obligation de couverture se double d'une série de raisons favorables.

(1) J. DOMAT : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre 3, titre 4, section 1, n° 14.

(2) Cf P.A. FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, tome 15, pp. 39, 50 et 79 pour les diverses lectures du texte, chaque fois présenté seul, sans explication autre que le rappel du principe général de transmission.

(3) Cf. le chapitre que A.J. ARNAUD consacre à cette question in : *Les origines doctrinales du Code civil français*, Thèse, Strasbourg 1964, L.G.D.J. 1969 (bibl. philos. du droit, t. 9, préf. M. VILLEY), pp. 41 à 59.

(4) La loi du 22 juillet 1867 n'a pas dit quelle partie du texte était supprimée. Deux analyses sont possibles :

— 1) «Les engagements des cautions passent à leurs héritiers...», si l'engagement était tel que la caution y fut obligée». C'est le sens repris en toutes lettres par Civ. 16 décembre 1969, précité (et par les éditeurs du Code Dalloz). Il est illogique car le terme «engagement» est au pluriel au début de la phrase et au singulier à la fin et car le pronom «y» n'a d'utilité que s'il vise la contrainte par corps.

— 2) «Les engagements des cautions passent à leurs héritiers» ; à l'exception de la contrainte par corps, même si l'engagement de la caution emportait l'application de celle-ci. La suppression de la contrainte par corps entraîne la suppression de toute la fin du texte. Seul reste le rappel bien inutile du principe général.

2° - Arguments favorables

353. — **Nécessités pratiques.** 1) - L'on a fort justement insisté sur les conséquences pratiques graves que la solution jurisprudentielle entraînait (1) : il suffit d'ailleurs, pour que l'iniquité de cette solution apparaisse, d'exposer la situation des héritiers qui, ayant accepté la succession de leur auteur en ignorant totalement l'existence du cautionnement, se trouvent ensuite tenus sur leur propre patrimoine de dettes étrangères nées après leur décision d'acceptation. La combinaison du droit successoral et du droit du cautionnement telle qu'interprétée par la Cour de cassation débouche sur une situation intenable (2).

Faut-il voir dans l'obstination de cette juridiction la même volonté de faire intervenir le législateur que celle qui l'animait dans les conflits nés de l'énormité des clauses pénales (3) ? Elle encourrait les mêmes critiques, aggravées par le risque de ne point provoquer de réaction salutaire du Parlement.

2) - Un second argument repose sur les contingences pratiques qui conduisent le patrimoine à devenir économiquement viager (4). La dépréciation économique des monnaies et des valeurs traditionnelles rend le capital vulnérable. Ni l'épargne ni la constitution d'un capital n'assurent une sécurité suffisante. L'individu, aiguillonné par la publicité, est tenté de dépenser ses gains et de faire reposer son avenir sur sa force de travail ou la perception de ressources régulières et viagères (retraite, assurance). «A la limite, si cette évolution s'accroissait, le patrimoine, réduit à des revenus dépensés, tendrait à devenir viager lui-même, c'est-à-dire à trahir son étymologie qui évoque la transmission héréditaire de père en fils» (5).

En conséquence même l'idée d'une succession aux biens ne saurait justifier la transmission d'un engagement successif lié non à une chose déterminée (*intuitu rei*) mais à l'universalité d'un patrimoine qui se transmettrait difficilement.

(1) Cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées à la Rev. trim. dr. com. 1970, p. 460.

(2) C'est pourquoi la Cour d'Aix a considéré que, lors du décès de la caution, la banque créancière qui détenait le seul exemplaire du contrat de cautionnement était fautive de ne pas avoir averti les héritiers de la possibilité de résiliation qu'offrait le contrat : Aix 15 novembre 1977, Bull. arrêts C. appel Aix, 1977-4, n° 299, pp. 30 à 32.

(3) L'on peut transposer à notre matière le propos critique tenu alors par G. CORNU, stigmatisant le «ton milieu XIXe : celui du libéralisme intégral et de la loi d'airain» et la «révérence anachronique à un texte outrancier». Obs. Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 130 à 132.

(4) Cette manifestation de la civilisation actuelle a été magistralement démontrée par P. CATALA : *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, Rev. trim. dr. civ. 1966, pp. 185 à 215, spécialement n° 3, pp. 187 et 188. C'est à cet auteur que nous empruntons la substance de ce court paragraphe.

(5) P. CATALA : art. précité, n° 3, p. 188.

354. — Considération de la personne. 3) - A vouloir respecter les canons traditionnels de la transmission héréditaire, l'on peut encore arguer du caractère personnel de l'engagement de la caution. Il ne s'agit pas, dans un cautionnement successif, de garantir le paiement d'une dette déterminée, mais de couvrir, souvent sur un temps indéterminé et pour un montant indéterminé, des dettes indéterminées du débiteur. Trop d'indétermination dans cet engagement impose de se raccrocher au seul élément tangible et solide qui demeure : la considération de la personne et de son patrimoine, projection économique du concept juridique de personnalité (1).

En liant l'obligation de couverture, et elle seule, à la personne de la caution, on la rend intransmissible dans le respect de l'article 1122 C. civ. Le cautionnement successif se dissout à la mort du garant mais les obligations de règlement déjà nées passent aux héritiers (2).

355. — Compatibilité avec les exigences de la pratique. Il apparaît à l'étude des formulaires de cautionnement successif imposés par les créanciers professionnels à des cautions personnes physiques que cette analyse est parfaitement compatible avec les clauses actuelles. Tous ces formulaires contiennent en effet une clause stipulant l'indivisibilité de la dette et la solidarité des héritiers (3). Rédigées de façon lapidaire et sans aucune précision quant à la nature de la dette, ces clauses traduisent une préoccupation quant aux suites du décès mais aussi l'absence d'attention particulière pour l'obligation de couverture, pourtant fragile et dont l'extinction est fréquemment invoquée par les héritiers (4).

Alors que le désir des banquiers est à l'évidence de se ménager une garantie des plus solides même en négligeant parfois les désirs légitimes du cocontrac-

(1) Cf. la motivation en ce sens de la Cour d'Amiens 3 mai 1977, Banque 1978, pp. 258 à 260, obs. approb. L.M. MARTIN.

(2) Ce caractère intuitu personae de l'obligation de couverture permettra son extinction en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la caution. Outre qu'une caution en état de cessation des paiements n'est plus d'une bien grande utilité au créancier, cela évitera de s'interroger sur le droit du syndic d'exiger la poursuite du contrat en l'absence d'une disposition expresse, l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 n'étant manifestement pas écrit pour les contrats unilatéraux et encore moins pour le cautionnement.

(3) Nous l'avons relevée dans les formulaires de la B.N.P., de la Banque Populaire, de la Compagnie européenne de Banque, du Crédit Agricole, du C.C.F., du Crédit Lyonnais, de la Société Générale. La banque WORMS stipule seulement la solidarité. La B.N.P. prend le soin de réserver cette clause exclusivement aux personnes physiques. — Adde : formulaire de C. GAVALDA et B. BOULOC in : *Le financement des entreprises*, Dalloz 1973, Cas n° 6, clause IV, p. 38 in fine.

(4) Quant aux formulaires notariaux, ils ne concernent jamais les cautionnements successifs. S'ils font référence au décès de la caution, c'est à travers une clause sibylline ainsi rédigée : « en cas de décès de la caution *avant l'extinction des causes de l'obligation cautionnée*, ses héritiers et représentants seront tenus solidairement et indivisiblement... » (*J. Cl. notarial*, formules, V° CAUTIONNEMENT, : formule n° 1 : cautionnement simple, p. 6, in principio ; A. JAVON : *Petit formulaire des notaires*, 11^e ed°, par B. LECOURT (1974) formule 72, p. 297 ; A. LAPEYRE : *Les éléments primaires des contrats*, 1967, III, *Les prix*, F. CAUTIONNEMENT, 1er, Cautionnement simple, alinéa 6).

tant, rien dans les stipulations contractuelles concernant le décès ne laisse paraître une exigence particulière de la poursuite du cautionnement. L'on ne saurait tirer argument de ce silence pour y voir une volonté d'extinction de l'obligation de couverture, mais il est permis d'y deviner une certaine indifférence à cet égard.

L'attache de l'obligation de couverture à la personne du concontractant n'est donc pas absolument repoussée par la pratique actuelle. Elle a même été proposée en droit québécois comme solution aux injustices du droit actuel.

356. — Droit comparé. 4) - Le droit comparé offre deux exemples forts nets d'extinction du cautionnement pour l'avenir à compter du décès de la caution. Le droit anglais d'une part, le projet de révision du Code civil québécois d'autre part, tiennent le décès pour une cause de dissolution de l'engagement de la caution. Chacun d'eux y parvient par un raisonnement propre qui est fonction des mécanismes habituels de son système juridique.

En droit anglais, la «continuing guarantee» est analysée comme une succession de «considerations» (contreparties) que le créancier fournit au débiteur et d'acceptations corrélatives de la caution. Le décès mettant fin à ces acceptations, la «continuing guarantee» (1) ne perdure pas. Encore faut-il que la «considération» de l'espèce soit divisible et que le créancier reçoive une notification du décès.

Le droit québécois en projet est au contraire bien plus proche du nôtre puisqu'il repose sur le Code Napoléon et la solution proposée serait parfaitement adaptable à notre système. Il a suffi d'une affaire où les héritiers de la caution furent libérés par le juge du cautionnement successif conclu par leur auteur pour sensibiliser les juristes au problème et apporter un ferment de solution (2).

Dans un arrêt remarqué de la Cour Supérieure rendu en 1970 (3), le juge ARCHAMBAULT avait vainement cherché les moyens juridiques pour libérer les héritiers. Après de longues références à l'ancien droit, au Common law, aux ouvrages de TROPLONG et de MMs. MAZEAUD concernant la prescription, il dut constater que «rien dans notre droit ne permet de déclarer qu'il y a prescription» et donc de libérer les cautions. Ces tentatives «marquent l'hésitation sinon la répugnance du Tribunal à ne pouvoir trouver dans nos textes de loi une disposition qui aurait pu venir au secours des défenderesses,

(1) M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse, Paris 1974, pp. 33 et 34, pp. 73 et 115.

(2) Bel exemple d'ailleurs «d'occasio legis» d'une «réforme législative, même arrivée à maturité, qui n'est tombée de l'arbre que parce qu'il y a eu le choc de quelque incident imprévisible» : J. CARBONNIER : *VOLTAIRE et l'artificialisme juridique*, in *Mélanges L. BAUDOUIN (Problèmes de droit contemporain)*, Montréal 1974, pp. 477 à 484, spécialement p. 482 (également in. *Flexible droit*, 3^e ed^o, 1976, pp. 91 à 98).

(3) Banque canadienne nationale v. Soucisse (1970) C.S. 116. Rapporté par Maurice A. TANCELIN in *Jurisprudence sur les obligations*, Laval. Québec Canada 1973. Presses de l'Université de Laval. décision n^o 185, pp. 508 à 510.

les héritières de la caution prises au piège d'une obligation qu'elles n'ont personnellement ni voulue ni connue» (1).

Aussi bien la commission de révision du Code civil québécois a-t-elle tenu grand compte de la suggestion adressée par le juge ARCHAMBAULT à l'Office de révision «de proposer que le cautionnement s'éteigne avec le décès de la caution» (2). L'article 23 du projet est ainsi rédigé : «Nonobstant toute stipulation contraire, le décès de la caution met fin au cautionnement.

Les héritiers sont cependant tenus des dettes alors existantes, même si elles sont soumises à un terme ou une condition» (3).

Si la démarche qui consiste à poser un principe général d'extinction pour ensuite y déroger pour les cautionnements instantanés et pour les obligations de règlement déjà nées nous paraît inutilement lourde et peut-être dangereuse (4), le principe de solution doit être vigoureusement approuvé. Il assainit un domaine où les remous créés par les prétentions souvent absurdes des intéressés (5) étaient sociologiquement significatifs des répulsions profondes à l'égard des conséquences iniques d'une règle dépassée (6). Il faut montrer et conseiller au législateur français la voie tracée par le projet québécois (7). L'étendue d'une telle solution, prochainement de droit positif au Québec, mérite d'être envisagée.

b) Régime de cette cause d'extinction

Deux questions se posent à propos de la dissolution du cautionnement par le décès de la caution : Cette règle s'applique-t-elle par analogie aux personnes morales ? Doit-elle être impérative ?

(1) M.A. TANCELIN : op. et loc. cit., spécialement p. 510.

(2) Rapport sur le cautionnement rédigé par le Comité du contrat de cautionnement (t. XXXIII, Montréal 1975), p. 4.

(3) Ibid. p. 30.

(4) Il suffisait de préciser à la fin de l'alinéa premier que le décès ne met fin qu'aux cautionnements à exécution successive.

(5) C'était le cas dans l'affaire de la Banque Nationale Canadienne v. Soucisse où les héritiers soutenaient que le décès était le point de départ d'une prescription quinquennale du cautionnement.

(6) Sur l'analyse sociologique des prétentions du plaideur et notamment des prétentions dogmatiques aberrantes, cf. J. CARBONNIER : *Sociologie juridique*, A. Colin, 1972, p. 197. Ces prétentions «peuvent trahir des couches de droit populaire mal refoulées, des lois imaginaires, une acculturation juridique imparfaitement accomplie, des conflits entre des modèles juridiques différents». De même la décision du juge permet-elle de connaître «le sentiment du droit qui habite la connaissance du juge et même, par delà, le sentiment du droit qui est latent dans la population» (ibid.).

(7) Le seul des législateurs modernes à avoir abordé la question puisque, ni la réforme suisse de 1941, ni le Code civil de l'Empire d'Ethiopie de 1960 (profondément inspiré de droit français grâce au professeur DAVID) ni le Code civil de la République populaire de Pologne (1964) ne consacrent le moindre texte au problème, pas même à l'instar de l'art. 2017 C. civ., pour reprendre la solution de droit commun.

357. — Caution personne morale. 1) - L'analyse globale des cautionnements fournis par les personnes morales dégage deux catégories : les cautionnements au sein des groupes de société et les cautionnements par les cautions professionnelles qui ont exclusivement la forme sociale. Les premiers sont plutôt des cautionnements de relations d'affaires, les seconds plutôt des cautionnements envers l'administration fiscale ou celle des douanes. La disparition d'une caution professionnelle ne devrait pas aller sans une reprise automatique de ses engagements par une autre, alors que la disparition d'une société caution est fort envisageable lorsqu'il s'agit d'une non-professionnelle.

Le problème n'a jamais été soumis aux tribunaux, sûrement parce que la longueur des liquidations permet aux créanciers d'être avertis, d'intervenir et d'exiger le remplacement de la caution. Il pourrait l'être maintenant qu'aux causes traditionnelles de dissolution s'ajoute la dissolution-sanction que l'avant projet du Code pénal propose de mettre à la disposition du juge répressif (1).

Une fois la société liquidée, donc la personne morale disparue, et une fois la prescription quinquennale expirée il ne reste rien d'un cautionnement successif.

Pour les sociétés permettant une limitation des responsabilités, il sera très difficile de rouvrir les opérations de liquidation et de faire au besoin constater la cessation des paiements de la société.

La disparition d'une personne morale est donc de facto à l'heure actuelle une cause d'extinction de l'obligation de couverture. Il est souhaitable dans un but d'unification des régimes de leur étendre la règle d'extinction en cas de décès. Il sera toujours possible au groupement qui prendrait la suite de la société défunte de reprendre expressément à sa charge le cautionnement. En effet la renonciation à un bénéfice légal est toujours possible lorsque le droit est acquis, quand bien même il serait d'ordre public (2). Ceci pose la question du caractère impératif ou non de la règle.

358. — Caractère impératif. 2) - Le projet québécois pose cette cause d'extinction en règle d'ordre public. Il est vrai que ce choix apparaît comme la seule façon de protéger réellement les héritiers car la position dominante du créancier lui permettrait sinon d'ajouter sans problème à la liste déjà fournie des renonciations imposées à la caution.

La protection créée en faveur des cautions non professionnelles s'explique parfaitement (3). Mais ne serait-il pas souhaitable de permettre aux cautions

(1) Art. 39 de l'avant-projet définitif : «lorsqu'il a été créé ou détourné de son objet pour faciliter la commission du délit, le groupement... peut être dissous par décision du tribunal». — Adde le commentaire de J. ROBERT : J.C.P. 1976, I, 2813, n° 46 et 47. (Commentaire de l'art. 2107-3 du 1er avant-projet).

(2) Cf. supra n° 98.

(3) Cf. G. CORNU, qui approuve le juge de prendre un «parti de bienveillance» à l'égard de l'héritier et de réduire l'étendue d'une obligation de règlement très juridiquement transmise : Obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 633 sur Civ. 13 novembre 1973 (arrêt étranger au cautionnement).

professionnelles, qui sont des personnes morales peu sensibles aux conséquences du décès, de renforcer encore la garantie qu'elles servent aux créanciers en stipulant la transmission ?

L'amendement apparaît en réalité bien inutile car de faible portée. Ces cautions professionnelles, engagées principalement envers l'administration, contractent des engagements pourvus d'un terme extinctif et renouvelables par tacite reconduction. Certes on a jugé que la multiplication des renouvellements transformait le contrat et rendait sa durée indéterminée. Mais la solution doit s'effacer devant les contingences propres au décès ou à la dissolution : le contrat se dissoudrait alors par la non reconduction car un défunt ne saurait, même tacitement, reconduire un engagement.

Puisque ces cautionnements de professionnels contiennent déjà en eux-mêmes la source de leur disparition, et montrent que la volonté des cautions est de ne pas se lier au-delà d'une certaine mesure, il est bien inutile de vouloir les renforcer.

La seule raison qui eut pu justifier l'écart du caractère impératif disparaît. La position prise par l'Office de révision du Code civil québécois est donc la meilleure et mérite d'être étendue.

359. — Nécessité d'une intervention du législateur. Cette constatation conduit donc à souhaiter une intervention législative. En effet nous avons vu que l'absence d'obstacle permettait dès l'époque actuelle de considérer que l'obligation de couverture, attachée à la personne de la caution en raison de l'indétermination de l'engagement, disparaissait avec elle. Jusqu'ici donc le raisonnement se suffit à lui-même.

Mais l'intuitus personae attaché à un genre de contrat peut être écarté par une stipulation contraire des parties. Pour renforcer l'extinction par décès il faut donc que le législateur interdise par une disposition impérative les dérogations à la règle.

Par cette intervention serait également aplani le problème que soulèverait la présence d'un terme. Le décès ne peut pas être uniquement un événement suppléant le terme dans les seuls cautionnements à durée indéterminée. Il doit, pour jouer parfaitement son rôle protecteur, être une cause d'extinction originale d'application générale, que le cautionnement soit à durée déterminée ou non. L'obtention d'une modification efficace du régime actuel est à ce prix.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER : LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE

360. — Elaboration d'un droit spécial. L'étude du rôle joué par la considération de la personne dans l'extinction du cautionnement a fait apparaître un droit en construction dont les fondations s'appuient sur le droit commun de l'intuitus personae et qui s'en échappe ensuite. La construction de ce droit devient nécessaire pour suivre et canaliser l'évolution de la pratique du cautionnement. L'excès ressenti dans l'utilisation et la multiplication superflue des cautionnements successifs et généraux engendre en réaction l'apparition d'un droit protecteur.

361. — Droit limité au cautionnement successif. Une première conclusion se dégage : la considération de la personne n'a de place que dans les cautionnements successifs et seulement au sein de l'obligation de couverture. Le cautionnement traditionnel, tel qu'il est envisagé par le Code, demeure réfractaire à tout attachement personnel. En conséquence l'obligation de règlement, qu'elle soit l'unique obligation d'un cautionnement instantané ou qu'elle existe en application de l'obligation de couverture, n'est jamais affectée par la considération de la personne.

362. — Variété des considérations. Une deuxième conclusion concerne la diversité des aspects de la considération analysée : considération in concreto supposée chez la caution de l'activité garantie qui interdit la poursuite de la couverture en cas de changement d'activité ou de transformation de société influant sur le passif, ou encore considération de la personne du débiteur ou du créancier qui éteint la couverture en cas de cession ; considération in abstracto de la personne de la caution dans son existence même afin de protéger les héritiers.

A ces diverses formes de considérations s'attachent des effets différents. Si toutes entraînent, en cas de variation importante, l'extinction de l'obligation de couverture, la considération de la personne de la caution aura besoin de l'appui législatif pour s'épanouir totalement et surtout pour acquérir le caractère d'ordre public nécessaire à une véritable efficacité. Elle se distingue

également par sa nature de cause originale d'extinction, apte à jouer dans tous les cautionnements successifs, alors que la considération du débiteur ou du créancier est un événement supplantant le terme extinctif et qui ne joue donc qu'en cas d'absence de terme exprès.

Une dernière conclusion a trait à la mesure de la place occupée par la considération de la personne en fonction du contrat. Traditionnellement l'on considère que l'intuitus personae peut jouer un rôle capital dans les contrats civils, atténué dans les contrats commerciaux (1) et nul dans les opérations cambiaires. Le cautionnement et l'aval vont se placer en marge du droit commun, créant un terrain d'unité qui renforce l'originalité du droit spécial réglementant les causes d'extinction inhérentes à la personne.

363. — Application de la considération de la personne à l'aval. L'aval peut atteindre à la garantie de dettes futures et donc à l'exécution successive, à la condition de gagner quelque peu en autonomie et de prendre la forme d'un acte séparé. Les solutions dégagées pour le cautionnement lui sont applicables (2), tant en ce qui concerne la considération des débiteurs et créanciers qu'en ce qui concerne la considération de la caution. L'aval de dettes futures n'est donc pas librement cessible, il est dissout si l'avaliseur perd la position qui a été à l'origine de l'engagement et il ne passe pas aux héritiers.

Ainsi donc, à partir de l'instant où les règles qui ont pour but de faciliter la cession par tradition ou endossement ne s'imposent plus avec la force de la nécessité, l'aval cambiaire se rapproche du cautionnement de droit commun. En s'abâtardissant il perd son imperméabilité aux considérations personnelles. L'aval s'intègre alors dans le régime du cautionnement commercial et participe au mouvement général d'amalgame de tous les cautionnements successifs.

364. — Unification des cautionnements civil et commercial et division des cautionnements professionnel et non professionnel. Parce qu'ils sont davantage donnés en matière commerciale, les cautionnements successifs importent dans ce domaine une considération de la personne qui n'y pénètre que peu. Un renversement de tendance pourrait même s'affirmer si le cautionnement général prenait en matière économique le développement que son utilisation actuelle laisse présager. Le droit commercial, ou plus exactement d'ailleurs le droit économique, laisserait entrer des principes antérieurement réservés au droit civil. L'on a pu penser que le fossé se creusait entre le cautionnement commercial et le cautionnement civil (3) alors qu'il s'agit

(1) Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT : t. 1 (1972), n° 69, p. 36.

(2) Cf. supra n° 324.

(3) C'est l'opinion émise par F. TERRE : *Les Sûretés personnelles en France* : Recueil de la Société J. Bodin, 3^e partie, t. 30, pp. 91 à 119, passim et spécialement p. 92 et p. 116.

plutôt de la scission et du déploiement du cautionnement professionnel à l'écart des autres cautionnements. Il s'établit de nombreux ponts entre cautionnements commercial et civil au point de rendre l'interpénétration des deux matières presque exemplaire sur le plan du fond (1).

Cette convergence des règles commerciales et civiles au sein du cautionnement, et surtout au sein du droit spécial à cette sûreté, se confirme avec la deuxième cause d'extinction inhérente à la personne des parties : la faute.

(1) La forme reste, surtout en raison du particularisme cambiaire, un terrain de division profonde.

TITRE DEUXIEME

LA FAUTE DU CREANCIER

365. — **Gravité et protections. Plan.** Au nombre des causes d'extinction du cautionnement inhérentes à la personne des parties la faute tient une place importante. En effet la faute n'est pas une exception inhérente à la dette, comme l'a rappelé la Cour de cassation (1) et elle a une place importante car elle est fréquemment invoquée par la caution. Il faut voir là le souffle de la morale qui imprègne tout appel à réparation (2).

L'étude de la faute ne se départira pas de l'influence de l'équité et la balance des droits antagonistes du créancier et de la caution devra toujours être tenue fermement. Tout préjudice même infime est plus intensément ressenti dans le cautionnement où aucune contrepartie ne peut cautériser la blessure de la caution. Le débat évolue uniquement en matière contractuelle mais les moyens dont peut disposer la caution pour parer aux conséquences de la faute du créancier sont variés.

(1) Com. 7 mai 1975, Bull. civ. 1975, III, n° 125, p. 104 ; Banque 1976, pp. 328-329, obs. L.M. MARTIN : « attendu que [la caution] n'invoquait pas une exception appartenant au débiteur principal et inhérente à la dette, mais, à l'appui de sa demande de dommages et intérêts, invoquait la faute qui aurait consisté pour [le créancier] à... ».

(2) R. SAVATIER : « il faut donc poser en principe que le devoir moral... constitue une véritable dette, [munie] des mêmes sanctions que celles que reconnaissent les textes législatifs aux obligations qu'ils créent ». *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers 1916, Paris (1916) p. 3.

En premier lieu elle peut recourir au droit commun et à l'effet curatif de la responsabilité civile. En second lieu elle bénéficie d'une protection préventive particulièrement efficace grâce à la déchéance que le droit du cautionnement a développée en sa faveur.

Chapitre 1 : Faute et responsabilité civile du créancier.

Chapitre 2 : Faute et déchéance du créancier.

CHAPITRE I

FAUTE ET RESPONSABILITE CIVILE DU CREANCIER

366. — Techniques. Plan. Nous avons déjà dit que le cautionnement n'était pas unilatéral par essence et qu'il pouvait laisser à la charge du créancier certaines obligations (1). Le caractère unilatéral ou synallagmatique dépendant de l'état du contrat à analyser (2), il suffit de trouver dans les stipulations des parties une charge pour le créancier, un devoir pesant sur lui, pour que l'inexécution puisse donner lieu à responsabilité contractuelle (section 1). Le cas sera toutefois assez rare si l'on refuse d'englober dans les obligations civiles le devoir de bonne foi lorsqu'il n'est pas renforcé par une disposition spéciale. En revanche la notion d'abus de droit est plus à même, notamment sur le terrain de l'information de la caution, de faire surgir à la charge du créancier une responsabilité civile (section 2).

(1) Cf. *supra* n° 113.

(2) Cf. pour un exposé scrupuleux de cette théorie mais aussi pour sa critique : G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, n° 63, pp. 50 à 54.

SECTION I

RESPONSABILITE POUR INEXECUTION

367. — **Sources.** Les situations d'espèce pouvant donner lieu à un cautionnement sont myriades et les obligations que le créancier peut accepter de supporter n'ont pour borne que l'imagination des parties. Néanmoins le contentieux a fait surgir à la surface de la pratique quelques obligations de natures diverses qui semblent plus ou moins courantes (§ 1). La discussion s'anime surtout et plus particulièrement autour du devoir d'informer la caution qui pèserait sur le créancier (§ 2).

Paragraphe 1

OBLIGATIONS DIVERSES

368. — **Obligations ponctuelles.** Les parties peuvent tout d'abord mettre à la charge du créancier des obligations ponctuelles et précises. Nous avons déjà cité le cas du créancier obligé de présenter à l'acceptation de la caution les traites tirées sur le débiteur (1) ou encore celui du banquier devant adresser à la caution des relevés périodiques du compte garanti (2). L'on peut y assimiler le créancier tenu de contrôler que le débiteur détenait bien les marchandises dont le paiement était cautionné (3) ou tenu de ne permettre un retrait en compte courant qu'après avoir encaissé une somme importante

(1) Com. 3 mai 1960, Bull. civ. 1960, III, n° 160, p. 146 (précité n° 219). La Cour de cassation n'a pas analysé cette prescription en une obligation juridique, car il lui était demandé d'y voir une condition suspensive du cautionnement, ce qu'elle n'a pas admis : l'acceptation personnelle par la caution « constituait seulement une modalité de paiement sans influence sur son engagement inconditionnel de caution ».

(2) Com. 2 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 77, p. 73 ; D. 1970, Som., p. 170.

(3) La négligence du créancier « a aggravé la situation des cautions qui devaient être déchargées » : Com. 7 juin 1952, Bull. civ. 1952, III, n° 220, p. 172. L'arrêt ne vise aucun texte pour justifier cette décharge.

mais aléatoire (1). Plus lourde encore est l'obligation imposée au créancier de donner une affectation spéciale aux fonds versés au débiteur. Si une telle intention des parties ressort à l'évidence du contrat, l'inexécution par le créancier entraîne sa responsabilité et libère la caution (2). Il a été jugé au contraire que si le contrat mentionne simplement les raisons du prêt sans imposer au créancier un contrôle de sa destination il n'encourrait aucune responsabilité en cas de détournement (3).

A ces obligations stipulées par les parties s'ajoutent celles que le législateur peut faire peser sur le créancier. S'il n'en existe pas en droit français, certains droits étrangers y ont recours. Ainsi le Code suisse des obligations sanctionne-t-il par la responsabilité civile le créancier qui «a négligé d'exercer sur l'employé la surveillance à laquelle il était tenu» en cas de cautionnement d'employé (4). De même le Code civil éthiopien oblige-t-il le créancier à «remettre à la caution qui le paie les titres et à remplir les formalités qui peuvent l'aider à exercer son recours et à réaliser les gages dont il est nanti» (5). Ou encore le droit suisse impose-t-il au créancier l'envoi à la caution d'un avis de retard par le débiteur dans ses paiements (6).

Ce sont bien là des obligations juridiques et non pas des conditions, suspensives ou résolutoires, auxquelles la caution aurait soumis son engagement. En effet la condition est monolithique ; si elle était accomplie dans un premier temps, par exemple parce que la destination des fonds est respectée, le cautionnement pourrait jouer ; mais si dans un deuxième temps elle venait à défaillir, par exemple parce que les fonds seraient détournés, il ne pourrait qu'y avoir soit maintien du cautionnement soit suppression complète. Au contraire la responsabilité civile pour inexécution est bien plus malléable. Elle est adaptée au préjudice né du détournement ou de l'inexécution. L'obligation mise à la charge du créancier est en réalité la cause déterminante de l'engagement de la caution, sa cause objective. Cet élément renforce le caractère synallagmatique de ces cautionnements.

(1) Cette obligation très ponctuelle n'est en général pas écrite et est très difficile à établir par la caution qui invoque ensuite son non-respect. Le juge doit rechercher dans les relations antérieures des parties, et surtout dans les habitudes existant entre elles quant au montant des découverts, les éléments d'une appréciation objective : cf. pour une telle recherche qui a abouti au rejet de l'existence d'une obligation à la charge du banquier : Paris (3ème ch.) 8 février 1977 (inédit : Sté Générale et autre, c/ Petit et autres).

(2) Req. 27 novembre 1906, S. 1908, 1, 171 ; D.P. 1909, 1, 48. L'on pourrait même considérer qu'il s'agit d'une condition suspensive implicite posée par la caution ; le non respect de cette condition entraînerait alors l'absence d'engagement de la caution.

(3) Civ. 12 avril 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 120, p. 97. La Cour d'appel a souverainement jugé que le contrôle effectué par le créancier principal et par la caution avait été suffisant ; l'arrière caution ne pouvait reprocher, en fait, aucune faute à son créancier.

(4) Art. 503 al. 2. Code fédéral des obligations.

(5) Art. 1945. — Adde : C.O. 503 dernier alinéa qui libère de même la caution lorsque le créancier refuse de faciliter sa subrogation.

(6) C.O. 505.

Les cautionnements mettant à la charge du créancier des obligations positives, ou encore même négatives (1), devraient se multiplier avec l'accroissement des cautionnements obligatoires qui ont pour but de protéger des créanciers faibles. Ainsi en est-il des cautionnements en faveur du maître de l'ouvrage dans les opérations de construction immobilière, ou encore des cautionnements en faveur du sous-traitant (2). Ce phénomène s'accroîtra si l'on s'avise de découvrir également à la charge du créancier des obligations générales.

369. — Obligations générales. Sanction par la fraude. Il a été proposé de trouver dans la situation du créancier le germe d'obligations générales et implicites, telles que l'obligation de bonne foi, le devoir de coopération ou encore l'obligation négative de ne pas aggraver le sort de son débiteur. Il est vrai qu'«autour de l'engagement principal il y a une zone de relations dans laquelle se manifeste, au fur et à mesure que l'on s'éloigne du centre, l'influence de la foi jurée» (3) et l'on ne saurait nier l'existence du «principe de bonne foi qui, dans notre droit moderne, constitue comme le pivot moral du jeu des volontés autonomes» (4).

Néanmoins les notions de bonne foi (5) et de confiance (6), même si elles

(1) Le cautionnement que certaines banques accordent à l'emprunteur hypothécaire en vertu de contrats passés avec le Conseil Supérieur du Notariat (cf. supra note 4, p. 40), interdit ainsi au prêteur «de prendre toute initiative ou de conclure avec l'emprunteur tous accords particuliers susceptibles de modifier directement ou indirectement l'une quelconque des conditions du prêt» (formulaire de garantie de bonne fin des prêts hypothécaires privés : par exemple celui du Crédit Agricole : Janvier 1977, art. 4-A, p. 4 in fine).

(2) L'un des premiers commentateurs de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 instituant cette mesure, n'hésite d'ailleurs pas à écrire : «il appartiendra aux organismes bancaires qui établiront ces cautions de faire une obligation au sous-traitant - le créancier - de mettre en œuvre cette action directe...» : G. FLECHEUX : *La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance*, J.C.P. 1976, I, 2791, spécialement n° 23.

(3) F. TERRE : *Sur la sociologie juridique du contrat*, in A.P.D. t. 13, *Sur les notions du contrat*, 1968, pp. 71 à 88 ; spécialement p. 75.

(4) F. GENY : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e ed°, 1954, n° 171, in fine p. 156.

(5) Le mot est paré de nombreux sens : cf. J. BECQUART : *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Thèse, Lille 1928, P.U.F. (1928), n° 38, pp. 69 et 70). Il faut le prendre dans son sens premier «d'idée générale de loyauté dans les relations contractuelles», ibid. — Adde : A. WEILL : *Les obligations*, 1971, n° 356, p. 367.

(6) Notion tout aussi diffuse, dont J. BOULANGER disait qu'elle était «l'élément psychologique sans lequel la vie pratique du droit serait impossible» (*Volonté réelle et volonté déclarée* ; Liber amicorum baron L. FREDERICQ., t. 1, 1966, pp. 199 et suiv., spécialement n° 12, p. 210. Le monde juridique y porte un intérêt certain (cf. l'incrimination de l'abus de confiance : V. plus particulièrement pour l'étude de la notion de confiance en ce cas : J. LARGUIER : *Droit pénal des affaires*, 2^e ed°, A. Colin, 1975, pp. 140 et 141 et pp. 163 à 165) qui ne se dément pas (cf. le rapport de la Cour de cassation 1971-1972, p. 44). Le monde économique et politique y fait une référence toujours accrue : publicités commerciales des banquiers (C.I.C. : «faites confiance à votre banquier») comme des épiciers (COOP : «des prix, la confiance en plus») ; création de labels ; effort de certaines professions (agents immobiliers) ; et surtout politique gouvernementale de lutte contre l'inflation (plan Barre).

sont des notions juridiques (1) et même si elles sont renforcées dans le cautionnement par le déséquilibre interne du contrat (2) ne peuvent pas créer ex nihilo des obligations à la charge du créancier. Il y a nécessairement une hiérarchie entre les intérêts personnels du créancier et ceux de la caution (3) qui interdit aux obligations de conscience ou de courtoisie de parvenir systématiquement à la vie juridique (4).

Néanmoins il est vrai que le créancier est soumis à un devoir général de loyauté (5) qui est sanctionné au cas de fraude (6). En dehors de cette hypothèse peut-il y avoir responsabilité à sa charge ?

370. — Responsabilité pour faute. Il est en effet des cas où l'obligation générale de loyauté, même si elle n'est pas expressément invoquée, semble fonder une responsabilité du créancier. Ainsi a-t-on vu des tribunaux décharger la caution et condamner le banquier parce qu'il avait abusivement soutenu

(1) « Il arrive que le droit prenne en considération des états de conscience. La bonne foi, la mauvaise foi sont aussi des notions juridiques » ; G. CORNU : *Cours de droit civil*, 1ère année, 1971-72, Les cours de droit, Paris 1, p. 11. Noter aussi que d'une façon plus générale « le contrat est... un acte de foi, un acte de confiance... » J. CARBONNIER : *Flexible droit*, 2^e éd^o, p. 209. — V. par exemple Aix 15 novembre 1977, Bull. arrêts Cour d'appel d'Aix 1977-4, n^o 299, pp. 30 à 32, la banque créancière était détentrice de l'unique exemplaire du contrat de cautionnement ; les juges lui ont reproché de ne pas avoir averti les héritiers de la caution de l'existence et des modalités de l'engagement et d'avoir ainsi « adopté une attitude réticente, exclusive de la bonne foi qui doit présider à l'exécution de toutes conventions... », et l'ont déchu de son droit à garantie des dettes postérieures au décès de la caution.

(2) Dans tout contrat synallagmatique, « chaque contractant tient implicitement, à l'égard de l'autre, un rôle de juge » grâce à l'exceptio non adimpleti contractus (F. TERRE : *Sur la sociologie juridique du contrat*, art. précité, p. 86). L'absence d'un tel contrôle dans le contrat de cautionnement est une raison supplémentaire de renforcer l'obligation de bonne foi du créancier.

(3) Sur l'affirmation de cette hiérarchie, cf. J.E. LABBE : note au Sirey 1887, 1, 5 ; T. IVAINER : note au Dalloz 1973, pp. 316 à 319.

(4) Comp. toutefois : E.H. PERREAU : *Technique de la jurisprudence en droit privé*, titre 3 de l'ouvrage consacré à « l'adoucissement du droit », où l'auteur étudie notamment « les obligations de conscience devant les tribunaux » (également in Rev. trim. dr. civ. 1913, pp. 503 à 561).

(5) Il serait le résidu de cette obligation qui pesait au Haut Moyen-Age sur les parties en conséquence de leur serment et qui était sanctionnée par une punition divine.

(6) La jurisprudence fournit deux exemples propres au cautionnement : Com. 17 avril 1967 (2 arrêts), Bull. civ. 1967, III, n^o 146, p. 146 et n^o 150, p. 149. L'accusation de fraude fut repoussée en raison des termes de l'espèce. — Civ. 22 mai 1975, J.C.P. 1975, IV, p. 219, Vis Contrats et obligations. La société gérant une autre société avait constitué celle-ci caution d'une de ses dettes. La Cour d'appel a jugé qu'il y avait concert frauduleux entre la gérante et le prêteur et le pourvoi fut rejeté.

le débiteur de son crédit (1). Le reproche que la caution adressait au créancier était le même que celui que les créanciers de la masse adressent avec succès en cas de règlement judiciaire ou liquidation des biens du débiteur (2) : en permettant une survie artificielle de l'entreprise du débiteur, le banquier a d'une part fait naître dans l'esprit de la caution une confiance injustifiée et il a d'autre part laissé le temps au débiteur de diminuer son actif et d'augmenter son passif de telle sorte que les chances de remboursement sont atténuées sinon supprimées.

Cette argumentation que les tribunaux français ont prise en compte, le législateur italien l'a depuis longtemps inscrite dans les textes : selon l'article 1956 C. civ. it. la caution de dettes futures est libérée lorsque le créancier a accordé un crédit « bien que sachant que les conditions patrimoniales [du débiteur] étaient devenues telles qu'elles devaient rendre plus difficile l'acquittement de la créance » (3). Si un tel texte reste d'une faible utilité en raison de la renonciation systématique qui en est faite (4), il n'en marque pas moins l'existence à la charge du créancier d'un devoir d'attention et de loyauté.

(1) Une même affaire a donné lieu à deux décisions publiées (Paris 15 novembre 1974, Banque 1975, pp. 1101 à 1103, obs. L.M. MARTIN ; et sur pourvoi (rejeté) Com. 24 mai 1976, Bull. civ. 1976, IV, n° 171, p. 146 ; D. 1976, I.R., p. 224 ; Banque 1976, pp. 1156 à 1158, obs. L.M. MARTIN ; Rép. Defrénois 1977, p. 146, obs. J.L. AUBERT). La caution, qui s'était engagée envers la banque après la cessation des paiements du débiteur, soutenait que la banque n'avait pas agi dans l'octroi du crédit avec la prudence requise et qu'elle avait ainsi été trompée sur la solvabilité du débiteur. Cour d'appel et Cour de cassation firent droit à cette argumentation sur le terrain de la responsabilité (entaché d'ailleurs d'une confusion entre responsabilité délictuelle et contractuelle) et prononcèrent la *compensation* de l'indemnisation de la caution avec ce qu'elle devait au créancier. — Une espèce proche n'obtint pas un résultat aussi positif en raison d'une erreur dans la rédaction du pourvoi et d'un mauvais fondement de l'argumentation : Com. 7 mai 1975, Bull. civ. 1975, IV, n° 125, p. 104 ; Banque 1975, pp. 238 et 239, obs. L.M. MARTIN. — Ajoute pour la même solution : Aix 16 mars 1976, D. 1977, I.R., p. 450 (V^o Banque), obs. M. VASSEUR. — V. également la position fort nette de la Chambre commerciale admettant, au cas cité au texte, le principe d'une responsabilité du créancier envers la caution : Com. 26 juin 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 178, pp. 150 et 151 ; D. 1979, I.R., 142, obs. M. VASSEUR.

(2) Sur les éléments de l'argumentation, cf. notamment : J. STOUFFLET : *Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit*, Rapport précité au Colloque sur *La protection des clients de banques...* 1977 ; spécialement II-B : Conséquences civiles de l'acceptation des risques interdits : au regard des tiers. L'on sait que depuis l'arrêt Com. 7 janvier 1976, la responsabilité du banquier est engagée tant à l'égard des créanciers pour leur préjudice personnel qu'à l'égard de la masse pour son préjudice propre — cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. Rev. trim. dr. com. 1976, pp. 171 à 174.

(3) Comp. la jurisprudence allemande qui autorise en ce cas la caution à résilier son engagement sur la base d'un texte général (§ 242 B.G.B.) : cf. Max PLANCK institut : Rapport précité sur le cautionnement dans les états membres des Communautés européennes, n° 93, pp. 104 et 105. Ajoute la proposition d'une unification législative conforme au droit allemand : *ibid.* art. 7 des propositions, pp. 193 à 196.

(4) Renseignement fourni par G. STOLFI : *In tema di fideiussione per debiti futuri* (A propos du cautionnement de dettes futures) Riv. dir. com. 1971, I, pp. 225 à 234, spécialement n° 5 à 8.

La responsabilité du créancier peut, dans le même ordre d'idées, être engagée pour avoir brutalement retiré son concours financier et ainsi déclenché la défaillance du débiteur. Puisque sa faute entraîne par là même une exigibilité du cautionnement qui est fort préjudiciable à la caution, celle-ci peut obtenir réparation de son dommage par compensation de sa créance de dommages-intérêts avec les sommes dues en exécution du cautionnement (1).

Le banquier encourt également, es-qualités de créancier professionnel, une responsabilité pour inexécution de son devoir de conseil à l'égard du débiteur, son client. Ne doit-il pas éclairer le partenaire en compte-courant, le bénéficiaire de l'escompte, l'emprunteur sur les conséquences de telle opération sur le passif cautionné ? Si tel est le cas la caution pourra en cas d'inexécution invoquer la compensation de tout ou partie de la dette principale avec la créance d'indemnisation (2).

Une autre application de cette obligation générale a été consacrée dans la reconnaissance d'un devoir de ne pas aggraver le sort de la caution (3). Les juges ont même découvert une racine juridique à ce devoir dans l'article 2015 C. civ. lorsqu'il dispose que «On ne peut pas étendre [le cautionnement] au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté» (4).

Une généralisation peut être tentée pour les hypothèses où le créancier, en dépassant largement le crédit prévisible lors de la signature du cautionnement, réduit considérablement les chances du remboursement de la caution. Le créancier qui alourdit inconsidérément le passif du débiteur aggrave le risque de non paiement et modifie du tout au tout la situation de la caution. Alors qu'elle garantissait 10 sur un passif de 100, elle va lors de la demande d'exécution

(1) V. par exemple le jugement circonstancié du Tribunal de commerce de Marseille 13 octobre 1976, Jour. agréés (Rev. jurisp. com.) 1977, pp. 23 à 35, note F.D. — Et Aix 31 mars 1978, Rev. trim. dr. com. 1978, p. 151, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVEST-LANGE. — Comp. com. 2 mai 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 120, pp. 101-102 ; D. 1979, I.R., p. 140, obs. M. VASSEUR, les juges refusant à la caution une quelconque indemnisation faute de préjudice pour elle, la banque ayant, par le paiement de dommages-intérêts à la société débitrice, remis celle-ci dans l'état qui eut été le sien sans la faute de la banque.

(2) Une telle argumentation a été rejetée par Paris (3^e ch.) 8 février 1977 (inédit ; Sté Générale et autre, c/PETIT et autres) au motif qu'en acceptant un effet remis par le débiteur à l'encaissement (et non à l'escompte) le créancier «n'avait pas en sa qualité de banquier à renseigner [le débiteur] sur la nature du document qu'il lui remettait, ni sur la possibilité de voir celui-ci réglé à sa présentation».

(3) La systématisation des manifestations doctrinales ou jurisprudentielles en faveur de ce devoir a été effectuée par B. VIGNERON : Note au Dalloz 1974, pp. 387 et 388 sous Dijon 22 mars 1974, spécialement p. 388, qui cite : P. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER, t. 11, n° 1534. — M. DAGOT : chron. au J.C.P. 1973, I, 2577. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 3, 2^e ed°, n° 29. — Req. 3 janvier 1888, D. 1888, 1, 36 (statuant sur l'art. 2037 C. civ.). — Req. 27 novembre 1906, précité. — Com. 7 juin 1952, précité.

(4) Dijon : 22 mars 1974, D. 1974, p. 385, note B. VIGNERON précitée. Cet arrêt a été cassé par Civ. 14 octobre 1975, J.C.P. 1975, IV, p. 352 pour contradiction des juges du fond.

garantir 10 sur un passif de 100.000. Les probabilités de son exécution ont crû au point de confiner à la certitude ; les espoirs de remboursement ont quant à eux quasiment disparu. Cette activité du créancier, qui affecte à la fois le contexte du cautionnement et la situation de la caution, n'a pas encore donné lieu à une sanction. L'idée d'une telle issue n'est toutefois pas à écarter (1) ; elle paraît même plus probable à l'encontre du créancier professionnel, tel que le banquier ou l'établissement financier, dans l'optique des devoirs de modération, d'information et de coopération que l'on reconnaît à la charge des professionnels. Le problème a d'ailleurs été, sur un plan général, davantage développé à propos de l'obligation d'information.

Paragraphe 2

L'OBLIGATION D'INFORMER LA CAUTION

371. — Information spécialisée. L'étude d'une obligation générale d'information, principalement axée autour du contrat de vente, a mis en relief l'existence d'un problème commun à tous les contrats. Les partisans de l'existence d'un devoir de coopération au sein du contrat (2) pensent que même « en l'absence d'un texte spécial il faut admettre l'obligation, pour chacun des contractants, d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution de ses obligations » (3).

Nous sommes pour notre part hostile à la reconnaissance d'une telle obligation générale ; d'ailleurs, même ses partisans demeurent évasifs sur sa réalité (4). C'est par sa généralité que s'épuise et pêche une tentative de ce genre ; il ne peut y avoir d'obligation générale de renseignement, de coopération sans que la notion même d'obligation ne s'étire jusqu'à la rupture. Tout au contraire

(1) R. SAVATIER affirme ainsi que le créancier qui agit ainsi « abuse de la confiance » de la caution et ajoute « il n'est pas correct, de la part de la banque, de continuer à prêter de l'argent au débiteur principal, devenu insolvable, à l'insu de la caution ». Note au D. 1962, pp. 769 à 772 sous Trib. com. Seine 19 juin 1962, spécialement p. 772, 2^e col.

(2) Principalement R. DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, t. 6, n° 3 et suiv. ; Cf. pour plus de précision, infra n° 448, l'étude de ce devoir.

(3) A. RIEG : *J. Cl. civ.*, art. 1134-1135, fasc. 1 (1965), n° 80 qui cite à son appui R. DEMOGUE (op. cit. n° 29) et A. WEILL : *Dommages-intérêts compensatoires et mise en demeure*, Rev. crit. 1939, p. 103 et suiv. n° 33 et suiv., spécialement n° 35.

(4) R. DEMOGUE était un ardent défenseur du devoir de loyauté des contractants et de ses applications : bonne foi, coopération, etc... (sur ses écrits, confer infra n° 448). Mais la systématisation de ces idées s'est avérée délicate : cf. la thèse de D.J. BARONCEA présidée par DEMOGUE : *Essai sur la faute et le fait du créancier*, Paris 1929, Duchemin, 1929, dont les conclusions sont très mesurées et évasives (spécialement n° 33, p. 105 pour le devoir de coopération, n° 37, pp. 113-114 pour l'abus de droit...).

une obligation ponctuelle est fort envisageable. Elle peut être expresse (1), mais sera le plus souvent implicite (2).

L'on pourrait d'abord songer à utiliser les nombreuses théories visant à systématiser une obligation d'information, de conseil, ou encore un devoir d'attirer l'attention lors de la conclusion d'un contrat (3). Le silence fautif (4) et exclusif de la bonne foi n'est pas au premier abord d'une grande utilité en notre matière en raison de son intégration au dol (5). Néanmoins la nécessaire considération des intérêts du partenaire, qui doit présider à la négociation contractuelle (6), peut jouer un rôle dans les cautionnements successifs. Il faudrait pour cela ramener les principes utilisés en matière de contrat à la taille de l'obligation.

L'on pourrait soutenir en effet que le créancier est soumis à un devoir d'information ou de renseignement lors de la naissance de chaque dette de règlement. Une vision aussi analytique et morcelée du cautionnement de dettes futures est justement écartée par le rôle unificateur que joue l'obligation de couverture. C'est en elle que sont contenues les prescriptions contractuelles qui déterminent le régime des obligations de règlement. Elle a précisément pour but de faciliter l'apparition et la garantie des dettes sans que les parties aient à intervenir.

Ecartée au moment de la constitution de l'engagement, l'obligation d'information aura encore plus de difficultés à s'imposer pendant l'exécution. Il y a certes quelques exemples étrangers d'obligations d'information mise à la charge

(1) Par exemple l'obligation acceptée par le créancier d'informer tous les mois la caution du montant du solde de compte courant du débiteur : Com. 2 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 77, p. 73 ; D. 1970, Som. p. 170.

(2) Cf. l'obligation de respect des intérêts de la caution, au cas où le créancier dispose, en outre, de sûretés réelles, et sa sanction par l'article 2037 C. civ. (infra n° 453).

(3) Pour une certaine ambiguïté dans la terminologie cf. A. CHIREZ : Note au Dalloz 1976, pp. 514 à 517 (sous Civ. 16 avril 1975) qui place l'obligation d'attirer l'attention (ou de mise en garde) «au-delà de l'obligation de renseignement mais en deçà du devoir de conseil» (p. 516 - 1ère col. II).

(4) Sur le contenu et les conséquences du «silence-faute civile dans le cadre contractuel», cf. R. NERSON : *Le silence (Etude de droit civil français)*, Mélanges G.S. MARI-DAKIS, tome B', Athènes 1963, pp. 399 à 409, spécialement pp. 401 à 404.

(5) Cette assimilation interdit donc d'en faire une cause d'extinction. Sur les rapports du dol et de la bonne foi, cf. : P. BONNASSIES : *Le dol dans la conclusion des contrats*, Thèse, Lille 1955, t. 2, p. 386, spécialement pour la définition du dol comme «toute attitude contraire à la bonne foi». — Adde : F. MAGNIN : *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol...*, J.C.P. 1976, I, 2780, n° 19.

(6) Sur la loyauté et la bonne foi dans la période de négociation du contrat, cf. B. MERCADAL : *Introduction à la pratique du droit des affaires*, Paris, Lefebvre 1975, n° 144, p. 136.

du créancier (1), mais elle concerne aussi bien les cautionnements successifs que les cautionnements instantanés et son inexécution ne paraît pas à même d'entraîner l'extinction de l'obligation de couverture.

Au stade de l'inexécution de l'obligation principale enfin, l'information de la caution n'est organisée que par l'article 149 al. 5 C. com., au bénéfice du donneur d'aval, par la technique de l'avis de non-paiement. Et encore ce texte prévoit-il expressément que le défaut d'avis n'entraîne pas de déchéance cambiaire, mais tout au plus une responsabilité civile (art. 149 dernier alinéa) (2).

Il n'en demeure pas moins que la nécessité d'une information a pénétré la pratique puisque nombre de banques glissent une renonciation à toute information dans leurs formulaires de cautionnement (3). Même si l'utilité qu'il y a pour la caution d'être tenue au courant des engagements du débiteur (et surtout de l'inexécution de la dette cautionnée) n'est plus à démontrer (4), l'obligation d'information ne doit pas revêtir un caractère général. La résistance de la pratique (5) et surtout des tribunaux (6) a un droit plus ou moins large

(1) C. civ. de la République populaire de Pologne (1964) art. 880 : « lorsque le débiteur est en retard pour effectuer sa prestation, le créancier doit en informer sans délai la caution ». — Code suisse des obligations (réforme de 1941) art. 505 : si le débiteur a un retard de plus de 6 mois dans son exécution, le créancier doit adresser un avis à la caution. — Adde l'instruction de la Direction Générale des Impôts (précitée) qui s'impose à elle-même d'aviser la caution en cas de cessation des paiements du débiteur (n° 100, p. 70).

(2) Pour une application de cette responsabilité à la charge du créancier, cf. Paris 11 février 1977, D. 1977, I.R., 427, obs. A. HONORAT (V° Faillites) qui semble-t-il interdit pour partie le recours en paiement.

(3) Cf. ainsi la formule du Crédit Agricole (article 19 des contrats de prêt) : « Les cautions... dispensent de même expressément la Caisse Régionale de les informer du remboursement ou du non-remboursement des sommes prêtées ». Pour une application de cette clause : MONTPELLIER, 1ère Ch. 20 avril 1972 (inédit) LANDRI c/C.R.C.A.M. — Ou encore la formule de la B.N.P. (n° 4558-AC-0031 ; p. 2) « La B.N.P. ne sera pas tenue d'informer la caution des événements qui pourraient affecter la situation juridique du débiteur... ». Cette renonciation s'accompagne de l'affirmation selon laquelle « la caution entend suivre personnellement la situation du cautionné ». (Cf. aussi sur ce point le formulaire B.N.P. reproduit par M. de JUGLART et B. IPPOLITO : *Droit commercial*, t. 4, pp. 273 à 275, document n° 11, spécialement avant dernière clause, p. 274).

(4) Cf. M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 37-B, p. 130 in principio et n° 53, p. 177.

(5) Les clauses de renonciation aux avis de non-paiement sont fréquentes : aux formulaires déjà cités du Crédit Agricole et de la B.N.P., ajouter : Crédit Lyonnais (formule n° 1), Sté Générale (formule n° 13), Banque Populaire (réf. 516).

(6) Les exemples sont multiples de décisions ayant refusé de sanctionner le défaut d'information de la caution dans toutes sortes de situations : cf. par exemple : Civ. 31 juillet 1900, D. 1901, I, 275 (pourparlers transactionnels entre créancier et débiteur). — Req. 23 juillet 1929, D. 1931, I, 73 (acte interruptif de prescription). — Civ. 27 février 1968, Bull. civ. 1968, I, n° 81, p. 64 (prorogation d'échéance). — Com. 1er mars 1971, Banque 1971, p. 732, Obs. X. MARIN ; J.C.P. 1971, IV, p. 98 (vente du gage). — Adde, mais critiquable : Paris 6 octobre 1941 (F. BRUN : *Le contentieux des affaires*, n° 797, p. 284) qui refuse l'information « même si [elle] justifiait l'action de la caution sur les bases de l'article 2032 C. civ. ».

de la caution à l'information prôné par la doctrine (1) est le signe des conflits qui soulève la question (2).

Nous pensons que l'information systématique de la caution, si elle est parfois utile (3), n'apporte pas nécessairement la protection attendue (4). Ce n'est pas dans l'institution d'une obligation d'informer la caution que l'apaisement peut être trouvé. En revanche la sanction d'un refus excessif d'informer par le biais de la théorie de l'abus de droit nous paraît fournir un meilleur outil. Le résultat est identique puisqu'il consiste à engager la responsabilité du créancier mais l'appréciation des circonstances de cette responsabilité est beaucoup mieux adaptée à chaque cas.

SECTION II

RESPONSABILITE POUR ABUS DE DROIT

372. — Application. La notion d'abus de droit ne put être immédiatement étendue au terrain contractuel. Cependant les avantages de cette technique écartèrent les réticences ou craintes de certains et il est maintenant admis que

(1) La bibliographie des allusions ou des développements concernant ce problème est trop fournie pour être donnée ici. Retenons simplement : P. VOIRIN : Note au Recueil PENANT 1946, pp. 48 à 51, spécialement I, pp. 48 à 51. — C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. com.*, annexes, Banque et bourse, fasc. 36, n° 118 à 121. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 2^e éd^o, V^o CAUTIONNEMENT n° 350 et 351.

(2) L'information rarement organisée par le législateur ne peut profiter à la caution que dans deux cas :

- avis de non-paiement de la lettre de change : C. com. art. 149.
- avis de vente publique du gage : C. com. art. 93.

(3) En ce sens : C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Le secret bancaire en France*, Rapport national au Colloque sur « *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* » (octobre 1971). Publication de l'Univ. Paris 1, P.U.F. 1973, pp. 77 à 97, spécialement p. 92 (II, A, 5) qui admettent une entorse au secret bancaire des comptes du débiteur en cas de cautionnement général.

L'utilité peut également exister pour le créancier : cf. J. LARDIC qui recommande aux créanciers « de tenir la caution ponctuellement informée de tout événement ou incident susceptible de modifier les modalités d'apurement de la dette » car les tribunaux seraient vigilants pour libérer la caution lorsqu'elle n'a pas été mise en mesure de se protéger, in : *L'essentiel sur les contrats d'affaires*, Les éd^o d'organisation, Paris 1976, n° 186, p. 209.

(4) Le parallèle peut être fait avec l'information des actionnaires petits porteurs, qui n'est utile qu'à la double condition d'être vulgarisée et sélective afin de ne pas « noyer » ses destinataires.

le contractant peut abuser des droits que lui confère la convention (1). Il est donc possible que le créancier, même s'il n'est pas soumis à des obligations, voit sa responsabilité engagée pour abus des droits qu'il tient du contrat de cautionnement. Cette proposition pourrait s'appliquer à nombre de situations, notamment aux droits d'augmenter le passif du débiteur ou d'organiser avec lui les conditions d'un remboursement préjudiciable à la caution (2). C'est néanmoins dans le cadre de l'information de la caution que la notion d'abus de droit nous paraît devoir trouver, dans l'immédiat, son application la plus utile (§ 2). Encore faut-il pour cela que le créancier ne soit pas soumis à une obligation générale d'informer (§ 1).

Paragraphe 1

REFUS D'UNE OBLIGATION GENERALE D'INFORMER

373. — **Utilité de l'information.** L'utilité de l'information n'est pas à sens unique et ne profite pas seulement à la caution. Le créancier peut certainement trouver agrément à renseigner son garant sur l'état de la situation cautionnée. D'une part en raison de la réaction humaine des juges, notamment ceux du fond, qui ont tendance à libérer la caution dont l'engagement serait trop lourd eu égard à ses prévisions et à sa fortune. Ainsi a-t-on pu noter que le banquier «n'a de bonnes chances d'obtenir une condamnation par les tribunaux que s'il peut prouver que la caution était au courant de la marche de l'entreprise et de ses engagements» (3).

D'autre part parce que la caution avertie de la situation du débiteur peut le presser de payer, agir sur lui, faire pression pour qu'il évite l'inexécution.

L'utilité principale d'une information de la caution réside pour le créancier dans l'absolution qui en résulte au cas où il dispose fautivement d'une sûreté garantie par le bénéfice de subrogation. En informant la caution il lui donne la possibilité d'agir pour sa protection personnelle ou d'invoquer des moyens

(1) B. STARCK : *Obligations*, n° 302, p. 128 in fine. — H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 459, p. 427. — Adde : Pour un abus du droit d'imposer l'exécution d'un contrat : Pau 15 février 1973, J.C.P. 1973, II, 17584, note J.B. ; Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 152, obs. G. DURRY.

(2) La décision rendue par la Cour de Dijon (22 mars 1974, précitée) et sanctionnant le créancier pour avoir, de concert avec le débiteur, organisé l'imputation des paiements, aurait ainsi trouvé une base juridique.

(3) G. PETIT-DUTAILLIS : *Le crédit et les banques* (avec la collaboration d'Henri BERNARD), Paris, Sirey 1964, p. 80.

propres à conserver la sûreté et donc d'éviter tout préjudice (1). Bien que discutable cette solution est affirmée par différentes décisions de jurisprudence.

Une première catégorie d'arrêts décide que la caution convenablement informée par le créancier et qui ne réagit pas manifeste par son silence et son inaction sa renonciation au bénéfice de subrogation. L'information a donc pour conséquence médiate de faire disparaître tout risque pour le créancier (2).

Une deuxième série de décisions pousse le raisonnement plus loin et estime qu'une information personnelle de la caution suffit à la priver de tout droit de critique. Ceci vise surtout les dirigeants de sociétés (3) et n'est pas dépourvu d'équité (4) ; l'importance du rôle de l'information s'en trouve accrue.

374. — Notions de devoir et d'obligation. De cette conjonction d'utilité naît assurément à la charge du créancier un devoir de renseigner la caution. Du devoir, qu'il soit moral ou juridique, la distance est grande pour arriver à l'obligation. L'on a insisté sur la distinction des deux notions, en créant une gradation, le passage d'un état à un autre ne se réalisant que si plusieurs conditions sont réunies (5). D'une part la morale fait naître plus de devoirs que le droit n'en sanctionne, d'autre part il y a dans tout devoir juridique le principe d'une dette en germe, à l'état d'éventualité (6). Mais les conditions de transformation de cette dette éventuelle en obligation demeurent fort

(1) L'étude du devoir d'information du créancier concernant les sûretés spéciales qui renforcent sa créance a été menée le plus loin en ce sens par P. VOIRIN : note au Rec. Penant 1945-46, pp. 48 à 51 sous Civ. 13 juin 1939 (I de la note) et C. BEUDANT par P. VOIRIN, t. 13, 2^e ed^o (1948), n° 105, pp. 110 et 111.

(2) Civ. 8 juillet 1913, D.P. 1914, 1, 241 note A.C. — Paris, 5 octobre 1966, J.C.P. 1967, II, 15301 note P. LESCOT ; D. 1967, 115 ; Rev. trim. dr. com. 1967, p. 206, Obs. critiques J. BECQUE et M. CABRILLAC. — Sur cette forme de renonciation, cf. infra n° 464.

(3) Civ. 16 février 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 58, p. 47 ; D. 1970, J. 428. La caution, gérant de la société débitrice, s'est vue refuser le bénéfice de l'art. 2037 C. civ. car elle était en raison de sa qualité, «*au courant*» de la vente des biens constitués en sûreté. — Besançon 6 juillet 1928, D.H. 1928, 584 ; Gaz. Pal. 1928, 2, 811 : l'administrateur de la société débitrice a perdu le bénéfice de subrogation pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts. — Même solution : Trib. com. Seine 7 janvier 1966, Gaz. Pal. 1966, 1, 317 ; Rev. Soc. 1966, 206. — Adde : Com. 3 mai 1960, Bull. civ. 1960, III, n° 160, p. 146.

(4) Les auteurs constatent, souvent sans désapprobation, cet état de fait : S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, précité, n° 78, p. 342 : «une telle interprétation ne prête pas à discussion». — P. JESTAZ : op. cit. n° 357. — P. SIMLER : *J. Cl. civ. art. 2034-2039*, n° 277.

(5) Cf. spécialement : P. ROUBIER : *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, A.P.D. *Le rôle de la volonté dans le droit*, Paris, Sirey, 1957, pp. 1 à 69, spécialement pp. 45 à 46.

(6) Cf. P. ROUBIER : op. et loc. cit.

imprécises (1). Cette difficulté à poser les critères de naissance d'une obligation générale démontre bien l'inadaptation de la notion d'obligation à sanctionner le respect de l'équité ou de la morale. L'outil inadéquat doit être abandonné au bénéfice d'un autre mieux adapté.

Paragraphe 2

RESPONSABILITE POUR ABUS DU DROIT DE NE PAS INFORMER

375. — **Fondement.** Le pouvoir postule la responsabilité et tout excès peut, en fonction des circonstances, être reproché à son auteur. La théorie de l'abus de droit est née du besoin de sanctionner en droit les atteintes à la justice ou à l'équité qui révoltent tout observateur (2). L'effort d'affinement s'est prolongé et a entraîné l'évolution d'une conception subjective de l'abus de droit fondé sur l'intention de nuire à une conception objective reposant sur la faute (3). L'équité n'a point paru un fondement suffisant à l'esprit cartésien et l'on a voulu asseoir la théorie sur un mécanisme plus rationnel. Que l'on en fasse la sanction d'un détournement du droit de sa finalité (4) ou d'une faute (5), l'abus de droit sera toujours l'instrument d'un dosage subtil que seul le juge est à même d'effectuer.

Aujourd'hui il n'y a plus à craindre l'équité du juge. Notre organisation judiciaire permet par sa construction d'éviter les débordements (6) et il faut se féliciter de la continuité avec laquelle les jurisprudents ont su récupérer le pouvoir occasionnel de trancher sans les contraintes que la révolution et les

(1) Le doyen ROUBIER la fait reposer sur «une infraction au devoir juridique» et sur la responsabilité qui en découle (ibid.). MMs. J. FLOUR et J.L. AUBERT : *Les obligations*, vol. 1., n° 38, pp. 27 et 28 soutiennent que le devoir devient une obligation lorsqu'il «existe au profit d'un bénéficiaire déterminé, individualisé».

(2) Cf. J. CARBONNIER : t. 4, 8^e ed°, n° 97, p. 346 : «La théorie de l'abus de droit ne devrait-elle pas être conçue comme un procédé d'équité modératrice à la disposition du juge» ? G. DURRY : *Rev. trim. dr. civ.* 1972, p. 398 in fine «il s'agit d'un moyen qui, en définitive, permet [aux tribunaux] de faire triompher l'équité».

(3) V. les pages que Mr. AZEMA consacre à cette évolution : *La durée des contrats successifs*, Thèse, Lyon 1968, L.G.D.J., 1969, pp. 260 à 269.

(4) Après que JOSSERAND en eut posé les bases, la thèse fut reprise avec ardeur par B. STARCK : *Obligations* : n° 311 à 317, pp. 133 à 135.

(5) H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 5^e ed°, n° 458, pp. 424 à 426.

(6) Ainsi par exemple : Civ. 14 octobre 1975 (J.C.P. 1975, IV, p. 352) cassant Dijon 22 mars 1974 (D. 1974, 385 note B. VIGNERON) qui avait reproché au créancier un abus dans l'imputation des paiements. — Civ. 18 février 1976 (J.C.P. 1976, IV, p. 122) cassant un arrêt qui avait considéré un *atermoiement* comme abusif.

codes leur ont imposées.

376. — Application. L'application de l'abus de droit à l'information de la caution sera donc régie comme toute la matière par la casuistique et la responsabilité du créancier ne pourra ressortir que des particularités de l'espèce. Néanmoins il est possible de prévoir ou de souhaiter l'apparition de certaines distinctions. Trois situations sont à différencier.

Si le créancier est un professionnel et la caution un profane, l'information de cette dernière apparaît aisément réalisable mais ne peut être utile que si elle revêt une forme compréhensible. Le créancier devra donc éviter de la maintenir dans l'ignorance complète de l'évolution de la situation du débiteur.

Si le cautionnement est donné par un professionnel, celui-ci est à même de se procurer l'information nécessaire à sa conduite (1). Le rôle du créancier sera donc purement passif et il ne saurait y avoir d'abus que dans le refus de délivrer les renseignements demandés (2).

Si enfin le créancier et la caution sont tous les deux des non-professionnels chaque situation ressortit alors au pouvoir d'appréciation souverain des juges, aucune règle générale ne pouvant être posée.

La notion d'abus de droit est ainsi à même d'apporter à notre matière une solution idoine ; en assurant une seule répression des excès elle permettra une information ponctuelle profitable aux deux parties. Le créancier ne sera donc pas obligé d'agir à l'encontre de ses intérêts personnels et le cautionnement ne sera pas alourdi d'une charge qui diminuerait ses avantages. Le même cantonnement de la faute à des limites raisonnables se retrouve dans la déchéance du créancier.

(1) Si le créancier est lui-même un professionnel, la situation devra être tranchée comme l'est une vente entre professionnels : à un savant dosage de présomptions de connaissance des vices correspondrait le même dosage de présomptions d'une capacité réciproque à s'informer par soi-même. L'appréciation de cette capacité devrait se faire in abstracto, par référence aux moyens normaux d'un professionnel (Comp. la proposition du même critère par P. MALINVAUD qui s'élève contre l'appréciation in concreto de la jurisprudence concernant l'acquéreur professionnel : note au J.C.P. 1977, II, 18588, sous Civ. 9 décembre 1975).

(2) RIPERT ne souligne-t-il pas « la tutelle » des banques sur les sociétés et la révolte de l'opinion publique qui « dénonce la tyrannie des financiers » ? *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1946, n° 50, p. 114.

CHAPITRE II

FAUTE ET DECHEANCE DU CREANCIER

377. — **Notion de déchéance.** Le terme de déchéance est souvent renié en raison de son aspect comminatoire (1). C'est justement ce caractère de peine, de sanction que nous voulons mettre en relief afin d'en faire un élément de notre recherche. C'est en effet «à partir de l'idée de sanction que l'on peut définir la déchéance, cette sanction consistant essentiellement en l'extinction d'un droit» (2). Encore faut-il préciser que cette sanction s'attache à la commission d'une faute (3) mais surtout qu'elle apparaît comme une forme particulière de protection visant à priver une personne de la possibilité de causer un dommage en lui retirant l'exercice d'un droit qui en serait l'instrument. Il faut néanmoins, avant d'appliquer la notion à notre matière, revenir sur ses trois éléments principaux : la sanction d'une faute, consistant dans l'extinction d'un droit subjectif, en prévention d'un préjudice.

(1) Cf. notamment : P. VOIRIN, note au Dalloz 1934, 2, pp. 33 à 36, spécialement p. 34, 2^e colonne-b. — V. également Aix 15 novembre 1977, Bull. arrêts Cour appel Aix 1977-4, n° 299, pp. 30 à 32 qui use d'une périphrase indiquant que la faute du créancier «doit la priver de poursuivre les héritiers de la caution...» pour instaurer sans texte une déchéance néanmoins bien venue.

(2) E.M. SALLE de la MARNIERRE : *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit*, Rev. trim. dr. civ. 1933, pp. 1037 à 1113, spécialement n°10, p. 1052.

(3) Toutes les définitions proposées retiennent cet élément : E.M. SALLE de la MARNIERRE : op. cit. n° 13, p. 1062 (et la note p. 1052 qui suit la première ébauche de description dans laquelle l'auteur insiste sur la nécessité de la faute). — R. PERROT : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ. 1^{ère} éd° 1952, V° DECHEANCE n° 1. — G. ROUJOU de BOUBÉE : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e éd° 1971, V° DECHEANCE n° 3 ; — Adde : G. GRAMMATIKAS : *Théorie générale de la renonciation*, Thèse, Paris, 1970, L.G.D.J. 1971, n° 33 bis, p. 39.

1 - La sanction d'une faute rapproche la déchéance de la responsabilité civile tout en lui conférant un aspect répressif qui l'individualise. La faute consiste aussi bien à exécuter un acte répréhensible qu'à ne pas exécuter un acte nécessaire à la conservation du droit. Les déchéances par commission ne sont point, en règle générale, enfermées dans les délais. Au contraire les déchéances par omission surviennent lorsque l'acte prescrit n'a pas été effectué dans le délai accordé à cette fin.

L'existence d'un délai ne doit cependant pas tromper sur la nature de la sanction (1). Ici ce n'est pas l'écoulement du temps qui est primordial, c'est l'absence de l'acte. Il n'y a pas faute à avoir laissé le temps s'écouler mais à ne pas avoir effectué l'opération imposée ; comme la faute d'omission ne peut s'apprécier que dans un contexte donné, il est nécessaire pour déterminer ce contexte d'enfermer l'acte à exécuter dans une certaine période. L'écoulement du temps n'est toutefois ici qu'un élément accessoire qui sert de révélateur de la faute.

2 - Que la solution consiste dans l'extinction d'un droit subjectif établit sa gravité. L'aspect répressif qu'elle confère à la déchéance entraîne d'ailleurs à soumettre celle-ci au principe de légalité (2). Elle permet aussi de la distinguer nettement des prescriptions (3). La déchéance, parce qu'elle rend incapable d'exercer le droit considéré, se distingue nettement de la réparation.

3 - Le caractère le plus original de la déchéance est assurément de supprimer un droit en prévention d'un préjudice. Ce caractère rapproche la déchéance de la responsabilité civile en ce qu'il inclut la notion de préjudice mais il l'en sépare en ce qu'il privilégie la finalité préventive de la sanction. Le préjudice toutefois n'apparaît ici que dans le rôle secondaire, nécessaire à la seule mesure de l'extinction du droit mais non en tant que condition d'existence de la sanction.

Les déchéances ainsi cernées doivent être recherchées aussi bien dans le domaine légal que dans le domaine contractuel (4). En notre matière le créancier

(1) La distinction des déchéances et des prescriptions est l'un des points conflictuels de l'élaboration d'une théorie générale des deux notions. Cf. E.M. SALLE de la MARNIERRE : op. cit., n° 18 à 25, pp. 1073 à 1099.

(2) G. ROUJOU de BOUBÉE : op. cit., n° 13 à 15. — Comp. toutefois note 1, p. 483.

(3) Voir cependant : Contra. M. VASSEUR : *Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure*, Rev. trim. dr. civ. 1950, pp. 439 à 472. Pour cet auteur la prescription éteint le droit lui-même et non l'action (op. cit. n° 9 à 11, pp. 448 à 450) tandis que la forclusion (ou délai-prefix) éteint seulement l'action en justice ou le procédé technique permettant de réaliser le droit (op. cit. n° 12 à 14, pp. 450 à 453).

(4) En ce sens : R. PERROT, op. cit. n° 1 et surtout E.M. SALLE de la MARNIERRE : n° 13, pp. 1060 à 1062.

n'accepte que rarement la stipulation d'une déchéance contractuelle (1) ; la source légale sera donc la plus abondante, mais les parties ne se privent pas d'aménager le régime des déchéances qu'elle organise.

L'aménagement le plus radical consiste souvent en une renonciation acceptée par la caution. Le régime général des déchéances au regard de la renonciation est assez confus. Le premier mouvement est de refuser la possibilité d'une renonciation à une déchéance (2). Plusieurs raisons allant de la finalité générale à la disparition automatique du droit concerné sont avancées. S'il est vrai que nombre de déchéances intéressent l'ordre général, il faut en excepter les déchéances frappant les droits contractuels. Quant au caractère automatique de la sanction (3), fruit des seules réflexions doctrinales, il nous paraît inutile et dangereux. Trop de difficultés naissent des règles qui joueraient ipso jure pour que l'on insère un tel caractère là où rien ne l'impose. Même ses défenseurs sont dans l'obligation de concéder des exceptions (4), notamment pour le cas où la déchéance est instaurée au bénéfice d'un titulaire précis. (5).

Il nous apparaît en réalité qu'à l'intérieur de la même notion de déchéance se distinguent deux régimes différents. Le premier concerne les droits subjectifs nés d'une situation de fait (usufruit légal, droits extra-patrimoniaux, etc...), le déchéance se rattachant à l'intérêt général et étant d'ordre public et automatique. Le second régime concerne les droits subjectifs nés d'un contrat ; la déchéance n'étant instaurée qu'au bénéfice du concontractant, elle est susceptible de renonciation et ne joue qu'à la condition d'être invoquée par son bénéficiaire. Le cautionnement n'étant que d'origine contractuelle, seul ce second régime nous intéresse. Nous allons constater que les deux déchéances instaurées par la loi en notre matière s'y intègrent parfaitement ; il s'agit d'abord de la déchéance cambiaire frappant le porteur négligent (Section 1) et ensuite de la déchéance spéciale résultant du jeu du bénéfice de subrogation instauré par l'article 2037 C. civ. (Section 2). Quant à la déchéance contractuelle (Section 3), elle obéit aux désirs des parties.

(1) Nous n'avons découvert qu'un seul exemple de déchéance contractuelle, instaurée par des cautions professionnelles (principalement des banques) qui l'imposent aux emprunteurs (qui sont de simples particuliers) lors de la garantie de bonne fin qu'elles accordent aux prêts hypothécaires notariés (Cf. *infra* Section 3, n° 499 et 500).

(2) Cf. E.M. SALLE de la MARNIERRE : *op. cit.* n° 22, in fine, p. 1089.

(3) G. ROUJOU de BOUBÉE : *op. cit.*, n° 17.

(4) V. par exemple : E.M. SALLE de la MARNIERRE : *op. cit.* n° 22, pp. 1088-1089. — G. ROUJOU de BOUBÉE : *ibid.* n° 17 in fine.

(5) Cf. *infra* n° 490, l'étude de la mise en œuvre amiable ou judiciaire du bénéfice de subrogation.

SECTION I

DECHEANCE CAMBIAIRE

378. — **Situations visées.** Les impératifs de rapidité et de sécurité qui gouvernent le droit cambiaire justifient pleinement que soit sanctionné le porteur négligent. C'est pourquoi l'article 156 C. com. frappe de déchéance le porteur qui n'a pas respecté les délais accordés pour présenter la lettre de change à l'acceptation ou au paiement, ou pour faire dresser protêt.

Est ainsi sanctionné le porteur qui n'a pas présenté à l'acceptation dans l'année de sa création la lettre de change à un certain délai de vue (1) ; le même délai est imparti pour la présentation au paiement de la lettre de change à vue alors qu'un délai de dix jours après l'échéance est accordé pour la présentation de la traite stipulée sans frais.

La déchéance sanctionne également le défaut de protêt faute d'acceptation d'une lettre de change à un certain délai de vue (un an à compter de sa création), ou d'une lettre de change contenant un délai spécial d'acceptation. Quant au protêt faute de paiement il doit être dressé dans les dix jours de l'échéance sous peine de la même sanction.

Si les hypothèses visées par le texte ne font pas de difficulté, le particularisme du droit cambiaire oblige à s'interroger sur la nature (§ 1) et sur le régime (§ 2) de cette déchéance.

Paragraphe 1

NATURE

379. — Absence de rattachement.

1- La doctrine s'accorde pour qualifier cette déchéance de forclusion (2). Il faut voir là semble-t-il l'influence des délais qui enferment les actes à effectuer

(1) Le délai peut être conventionnellement modifié, mais le principe de la déchéance s'appliquera quand même.

(2) M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 77-A, p. 192. — R. ROBLOT : *Les effets de commerce* ; n° 417, p. 353. — Adde : P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, n° 697.

bien davantage que le choix délibéré d'une nature juridique. Nous rejetons pour notre part le terme, celui de déchéance suffisant amplement à qualifier la notion.

2- Cette qualification justifie aux yeux de ses partisans le jeu automatique de la déchéance sans qu'il soit nécessaire d'établir un préjudice. Nous ne saurions pour notre part adopter cette analyse. Nous pensons que le préjudice fait au contraire partie intégrante de la déchéance ; mais il n'y a qu'un rôle secondaire puisque la déchéance a avant tout pour but d'éviter sa naissance. Ces considérations ajoutées à la volonté de simplification et de rapidité propre au droit cambiaire expliquent que la victime n'ait point à apporter la preuve du dommage subi (1).

Paragraphe 2

REGIME

380. — Assimilation de l'avaliseur au débiteur garanti. Le droit cambiaire apporte aux déchéances qu'il édicte des particularités de régime qui se justifient aisément.

1 - Parce que l'article 130 al. 7 C. com. associe de façon étroite le sort de l'avaliseur à celui du débiteur garanti, l'un et l'autre ne peuvent invoquer la déchéance que dans les mêmes conditions (2). En conséquence l'avaliseur de tout signataire autre que le tiré accepteur ou que le tireur qui n'a pas fait provision peut invoquer la déchéance. Les deux exceptions, maintes fois

(1) L'on a ainsi soutenu que «la loi, pour supprimer toute contestation sur la question du préjudice, en présume l'existence au profit des garants et d'une façon irréparable, par cela seul que le porteur a été négligent», L. LACOUR et J. BOUTERON : *Précis de droit commercial*, t. 2, 2^e ed^o, 1921, n^o 1368, in fine p. 113. Plus que d'une présomption, simple technique de preuve, il s'agit pour nous d'une règle de fond justifiée par la combinaison de la notion de déchéance et des nécessités cambiales.

(2) La jurisprudence est constante depuis Civ. 25 janvier 1847, D.P. 1847, 1, 103 ; malgré quelques flottements sans conséquence lors de la promulgation de la législation nouvelle : cf. M. CABRILLAC : op. cit. n^o 37-A, p. 128.

rappelées par la jurisprudence (1), se justifient différemment : le tiré accepteur est privé du bénéfice de la déchéance parce qu'il « assume un engagement principal, dont la conservation ne dépend pas du protêt et qui ne peut s'éteindre que par la prescription » (2) ; le tireur qui n'a pas fait provision à l'échéance est défavorisé en raison de sa faute.

De la même façon l'on considère que l'avaliseur de tout signataire peut invoquer la déchéance comme celui-ci à l'encontre du porteur qui a, en acquérant la lettre, agi sciemment au détriment du débiteur (3) (4).

381. — Renonciation.

2- Cette assimilation du sort du débiteur garanti et de son avaliseur cesse lorsque l'on aborde la renonciation à la déchéance. Il est deux principes qui ne se discutent ni en doctrine ni en jurisprudence : la renonciation, même anticipée, est parfaitement possible (5) ; elle n'a d'effet qu'à l'égard du renonçant.

(1) Civ. 19 décembre 1927, D.H. 1928, 66 ; S. 1928, 1, 145. — Civ. 7 février 1934, D.P. 1936, 1, 65, note A. CHERON. — Com. 28 octobre 1952, J.C.P. 1953, II, 7588. — Com. 2 février 1965, J.C.P. 1965, II, 14207, note P. LESCOT ; D. 1965, 391 ; Banque 1965, p. 345, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1965, p. 437, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 37-A, p. 128, obs. M. CABRILLAC. — Comp. : Civ. 11 juin 1951, Bull. civ. 1951, II, n° 143 ; Rev. trim. dr. com. 1951, p. 376, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC. — Cf. également l'analyse de cet arrêt par Mme H. SINAY : *La situation juridique du donneur d'aval*, Rev. trim. dr. com. 1953, pp. 17 à 52 spécialement n° 23, p. 42. Contrairement à cet auteur, nous voyons dans les motifs de cette décision plus le rappel de la règle de l'accessoire que l'affirmation de l'absence d'une extinction par déchéance du droit direct contre l'avaliseur.

(2) R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, n° 413, p. 350.

(3) Com. 7 mars 1961, Bull. civ. 1961, III, n° 124, p. 111. — Contra : Trib. com. Seine 17 juin 1949, J.C.P. 1950, II, 5174 ; note critique R. ROBLOT. Rev. trim. dr. com. 1949, p. 504, obs. critiques R. HOUIN. Seul P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n° 211, p. 185, est favorable à la solution du Tribunal de commerce de la Seine, pourtant vivement critiquée par tous les commentateurs cités, auxquels il faut ajouter Mme H. SINAY, op. cit., n° 20, pp. 38 et 39.

(4) L'avaliseur du tiré non accepteur ne peut être tenu cambiairement (Cf. sur ce problème, les remarquables observations de M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 868 et 869 sous Trib. Gr. Inst. Strasbourg 3 octobre 1973 qui semble avoir accepté l'existence d'une obligation cambiaire (D. 1975, 718, note critique R. TENDLER). Puisqu'il est exclu des rapports cambiaires, la déchéance ne le concerne pas.

(5) Aussi « les banques ont-elles l'habitude de demander aux avalistes de renoncer à se prévaloir de la présentation tardive des effets, de l'absence de protêt et de l'envoi des avis de non-paiement en dehors des délais légaux » : J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed° (1976), n° 267, p. 213. — Adde : J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : t. 2, n° 1481, pp. 575 et 576.

Motif est pris pour justifier la possibilité d'une renonciation de l'absence de caractère d'ordre public de la déchéance (1). Nous préférons pour notre part y voir un trait spécifique des déchéances frappant des droits conventionnels, ceci n'empêchant d'ailleurs pas cela. Puisque la renonciation est individuelle dans ses effets, l'avaliseur pourra l'invoquer même si le débiteur garanti y a renoncé (2).

382. — Survivance du droit fondamental.

3. La déchéance cambiaire ne sanctionnant que le non-respect de délai cambiaire n'a d'influence que sur les droits cambiaires. Elle laisse donc survivre la créance fondamentale qui n'avait pas été affectée par la création de l'effet de commerce et qui réapparaît alors au premier plan (3).

383. — Conclusion. En conclusion l'on peut constater que la déchéance cambiaire réunit les éléments principaux de toutes les déchéances. Si quelques différences de régime se font jour elles s'expliquent par le particularisme du droit cambiaire et n'affectent pas la nature profonde de la sanction.

Aux déchéances stricto sensu qui sont édictées par l'article 156 C. com. il faut ajouter la sanction du défaut de provision car les traits caractéristiques de la déchéance s'y retrouvent (4). Cette déchéance (5) suit le même régime

(1) Civ. 22 janvier 1879, D. 1879, 1, 127. — Civ. 26 décembre 1893, D. 1894, 1, 102. — Civ. 4 janvier 1910, S. 1911, 1, 521, note G. BOURGART ; D. 1911, 1, 104. — Com. 13 mars 1957, Bull. civ. 1957, III, n° 102 ; Rev. trim. dr. com. 1958, p. 126, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, obs. M. CABRILLAC, n° 57-A, p. 192. — Trib. com. Seine 23 juin 1954, Gaz. Pal. 1954, 2, 94 ; Banque 1954, p. 845, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1954, p. 845, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC. — La doctrine est unanime.

(2) Civ. 4 janvier 1910, S. 1911, 1, 521, note G. BOURGART, et les auteurs précités. Ceci conforte le principe identique que nous avons adopté au plan général.

(3) Cf. sur ce point, en l'absence de décisions portant sur les hypothèses de déchéance, la doctrine qui étend les solutions rendues en matière de prescription : P. LESCOT et R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, t. 1, 1953, n° 88 et 695. — J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : t. 2, 1966, n° 1486, pp. 579 et 580. — G. RIPERT et R. ROBLLOT : t. 2, 7^e ed°, 1973, n° 2097, pp. 175 et 176. — M. de JUGLART et B. IPPOLITO : *Droit commercial*, t. 3, n° 311. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, 1974, n° 61, pp. 206 et 207. — R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, Paris, 1975, n° 76, p. 78, n° 412, p. 350.

(4) Contra : B. GEISENBERGER qui y voit une condition résolutoire, *L'aval des effets de commerce*, Thèse précitée, § 185, p. 212.

(5) P.A. SIGALAS classe également le défaut de provision parmi les déchéances cambiales : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix 1959, n° 211, p. 185). Cependant il fait en plus entrer sous cette qualification le défaut d'avis de non paiement (op. cit. n° 209, p. 184). Cette solution n'est pas satisfaisante dans la mesure où la sanction du défaut d'avis consiste seulement en une condamnation à des dommages-intérêts. L'absence de perte du droit subjectif interdit de classer le défaut d'avis parmi les déchéances : cf. les décisions qui concernent surtout le défaut d'avis à l'avaliseur du tiré : en ce sens : Com. 4 novembre 1970, Banque 1971, p. 410, obs. approbatrices X. MARIN. — Montpellier 1^{er} février 1954, J.C.P. 1955, II, 8469 (1^{ère} esp.), note R. ROBLLOT. — Paris 1^{er} mars 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, 419, note D. DESFORGES

(suite de la note page suivante)

que les autres et ne peut être invoquée par l'avaliseur que lorsqu'elle peut l'être par le débiteur garanti (1).

Cette caractéristique, qui est commune à toutes les déchéances cambiales, les rattache au droit général du change. Il n'y a ici aucune règle spéciale en faveur de l'avaliseur. Tout au contraire la seconde déchéance est une création du droit spécial du cautionnement.

SECTION II

DECHEANCE ENTRAINEE PAR LE BENEFICE DE SUBROGATION (article 2037 C. civ.)

384. — **Pratique du cumul des sûretés.** L'habitude profondément ancrée en France d'exiger des garanties pour tout crédit conduit souvent le créancier à combiner les avantages des deux types de sûreté (2). A la demande de sûreté réelle, qui requiert de sa part une certaine activité (individualisation et évaluation de l'assiette de la sûreté, inscription...), il ajoute fréquemment l'exigence d'un cautionnement qui ne nécessite qu'une signature au bas d'un formulaire pré-rédigé. Le bouleversement du droit des sûretés réelles par «l'apparition d'un nombre croissant de sûretés mobilières sans dépossession d'origine conventionnelle» (3) n'a pas fait perdre aux grands pourvoyeurs de crédit (notamment

— Trib. com. Seine 1er avril 1952, *Gaz. Pal.* 1952, 1, 315. — Adde pour le billet à ordre : Com. 28 octobre 1952, *J.C.P.* 1953, II, 7588, note P. LESCOT ; *Gaz. Pal.* 1952, 2, 412.

(1) H. SINAY : *La situation juridique du donneur d'aval*, op. cit. n° 20, pp. 37 à 39. — J. ISSA-SAYEGH : *J. Cl. Com.* art. 130 (1972), n° 144. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 35-A in fine, p. 121. — Com. 7 mars 1961, *Bull. civ.* 1961, III, n° 124, p. 111.

(2) Le directeur des services juridiques d'une grande banque estimait récemment que seulement 10 % des crédits ne sont pas assortis d'une sûreté. Sur les 90 % restant, 55 % sont uniquement garantis par un cautionnement *mais 20 % sont garantis par le cumul d'une sûreté réelle et d'un cautionnement*. Ainsi donc un cinquième des prêts bancaires sont assortis d'une double sûreté, ce qui confirme la tradition vivace du crédit garanti en France (confortée par l'absence de transparence des entreprises françaises).

(3) M. CABRILLAC : *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession*, Thèse, Montpellier 1954 (Sirey 1954, préf. E. BECQUE), n° 1, p. 9, qui estime justement que ce phénomène est «la transformation la plus remarquable et la plus profonde qui ait affecté notre droit des sûretés réelles, tel que l'avait fixé le Code civil» *ibid.*

de crédits à l'équipement et à la consommation) l'habitude de cumuler les sûretés. Un aval est requis sur l'effet de commerce matérialisant le crédit tandis que les gages sans dépossession ou nantissement de biens d'équipement sont inscrits (1). Cette tentation de se garantir au mieux est séculaire et peut s'expliquer par les «différences de puissance et de sécurité» (2) que confèrent les diverses sûretés et qui leur assurent une complémentarité que leur utilisation pratique ne saurait démentir.

Les sûretés réelles attachées à la dette principale en constituent le contexte. Elles vont influencer sur l'engagement de la caution et surtout, grâce à la technique de la subrogation, sur l'espoir qu'elle nourrit de ne pas supporter définitivement le poids de la dette.

Le législateur a senti l'importance de cette situation et l'a matérialisée dans une cause d'extinction spéciale au cautionnement : «la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution» : par cette formule l'article 2037 C. civ. crée un bénéfice de subrogation qui ne trouve pas d'équivalent en d'autres matières.

385. — Bénéfice de subrogation : historique. La rédaction du texte par les auteurs du Code civil a consisté à mettre en forme une idée bien ancrée dans l'ancien droit et qui provenait du droit romain. Avant même que JUSTINIEN ne consacre un tel bénéfice, les Jurisconsultes et notamment PAPINIEN accordaient au mandator pecuniae credendae une exceptio cedendarum actionum. Le mandatum pecuniae credendae était un contrat de bonne foi dans lequel le mandataire (créancier) avait l'obligation de conserver pour son mandant (mandator, qui jouait le rôle de caution) toutes les actions qu'il possédait contre le débiteur. La perte fautive de ces droits privait le créancier de son recours en remboursement contre le mandator (3).

La question est débattue de savoir si la même exception était ouverte au fidejussor. Certains la refusent au motif que la fidejussio est un contrat unilatéral dans lequel le créancier n'a aucune obligation ; étant aussi un contrat de droit strict, l'équité n'y joue aucun rôle. Le créancier n'aurait donc pas à conserver ses actions pour les transmettre au fidejussor et celui-ci n'aurait point le bénéfice de cession d'actions (4). D'autres au contraire l'accordent au fidejussor, par le biais d'une exception de dol que soulèvera la caution lorsqu'elle sera poursuivie par le créancier. Pour eux «la concession de

(1) Sur la fréquence de cette pratique, cf. M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 33-B-a, p. 114 in principio.

(2) P. de LESTAPIS : *La notion juridique de crédit. Etude de droit civil français*, Thèse, Bordeaux 1940, éd. Brière, p. 59.

(3) G. LAMBERET : *Du bénéfice de cession d'actions en droit romain*, Thèse, Paris 1881, éd. Derenne, p. 63.

(4) En ce sens : P.F. GIRARD : *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e ed^o., Paris, Rousseau 1906, p. 761. — G. LAMBERET : op. cit., pp. 58 à 60.

ce bénéfice est une des créations les plus heureuses de la jurisprudence classique» (1). Tous les auteurs s'accordent cependant pour reconnaître ce bénéfice au fidejussor indemnitis sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire (2).

L'ancien droit utilisa la plêge et le cautionnement qui s'inspirent plutôt de la fidejussio que du *mandatum pecuniae credendae*. Cependant le cautionnement devenant de bonne foi, l'*exceptio cedendarum actionum* fut conservée au profit de la caution (3). Elle passa dans le Code civil sous une forme légèrement différente, mais au nom des mêmes principes (4).

L'idée consiste donc à libérer la caution lorsque le créancier ne peut plus, par sa faute, la subroger dans les droits préférentiels qu'il détenait contre le débiteur.

386. — Terminologie. Le terme d'exception de cession d'actions est la traduction littérale de l'*exceptio* latine mais ne correspond plus au droit actuel (5). La formule, bien que critiquable, est restée en usage car elle permet d'éviter les répétitions (6). Il est cependant préférable de parler de bénéfice

(1) E. CUQ : *Les institutions juridiques des romains* : t. 2, Paris, Plon 1902, p. 550 in principio. — Adde : A.E. GIFFARD : *Précis de droit romain*, t. 2, 2^e ed., Paris, Dalloz 1938, n° 526, p. 342.

(2) La fidejussio indemnitis n'engage la caution que pour ce que le créancier ne pourra pas obtenir du débiteur. Sur l'octroi du bénéfice de cession d'actions, qui était imposé par le Digeste, cf. G. LAMBERET : Thèse précitée, p. 61.

(3) Cf. sur ce point les explications et commentaires dépourvus de toute ambiguïté de POTHIER : *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, Beaucé 1818, n° 557, pp. 417 à 422, spécialement pp. 419 in fine et 420 ; «Nonobstant ces raisons [tirées du droit romain de la fidejussio] il faut décider que... le fidejusseur peut, per exceptionem cedendarum actionum, faire déclarer le créancier non recevable en sa demande pour que qu'aurait pu procurer au fidejusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder».

(4) Sur les raisons d'équité et de conservatisme qui ont motivé le bénéfice de l'art. 2037, cf. : — L'exposé des motifs devant le corps législatif par TREILHARD, in P.A. FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. 15, p. 45 ; LOCRE : *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, t. 15, p. 330, n° 23. — Le rapport du tribun. CHABOT devant le Tribunat : P.A. FENET, op. cit., p. 59, art. 2037 ; LOCRE : op. cit. p. 348, n° 26. — Le discours du tribun LAHARY devant le Corps Législatif : P.A. FENET : op. cit. p. 87 ; LOCRE : op. cit. p. 388, n° 29.

(5) Cf. S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Rev. trim. dr. civ. 1974, pp. 309 à 346, spécialement note 5, p. 312. — P. SIMLER : *J. Cl. civil*, art. 2034-2039, n° 174. Cet auteur intitule d'ailleurs le paragraphe consacré à la question : «Exception (ou bénéfice) de cession d'actions (ou de subrogation)». Cf. de même : H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, vol. 1, 5^e ed., (1977), n° 24, p. 31.

(6) Sur l'attitude du juriste français qui, «à l'inverse du common lawyer, déteste les répétitions» et «utilise volontiers des tournures semi-équivalentes...» cf. P. CATALA : *L'évaluation des besoins qualitatifs et quantitatifs de la recherche juridique dans la communauté internationale...* Etudes de droit contemporain (travaux et rech. de l'Inst. dr. comparé de Paris), Congrès de Pescara 1970, Paris, éd. de l'Epargne, 1970, pp. 413 à 425, spécialement p. 424.

de subrogation (ou plutôt d'exception de non-subrogation) (1).

387. — Droit comparé. Les mêmes nécessités s'étant imposées dans les droits étrangers, la solution française a fait tache d'huile. Elle est évidemment reprise par les droits qui reprennent le Code civil français : droits belge, luxembourgeois et québécois (2) mais aussi néerlandais (3). De même les droits des pays latins qui s'inspirent de notre législation ont-ils des dispositions semblables : le Code civil italien dans son article 1955 (4) et le Code civil espagnol dans son article 1852 (5).

D'autres droits ont repris et perfectionné ce bénéfice de subrogation : ainsi le Code civil d'Ethiopie, promulgué en 1960, reproduit-il textuellement notre article 2037 (6) après avoir imposé au créancier de strictes obligations tendant à faciliter la subrogation (7). De même le Code suisse des obligations a, dans son article 503, précisé les conditions d'application et étendu le domaine d'application de ce bénéfice (8).

Les droits allemand (9) et autrichien (10) reprennent la même idée. La jurisprudence anglaise s'est inspirée des mêmes principes (11) et enfin de

(1) Cf. en ce sens la remarque de P. SIMLER, que nous approuvons pleinement : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, note 4 (n° 4).

(2) Ces droits reproduisent sans modification l'article 2037. A noter que le projet de révision du Code civil québécois n'apporte, assez curieusement, aucune modification au texte : Office de révision, Rapport sur le cautionnement (t. 33), 1975, p. 34.

(3) Art. 1885 du Code civil de 1838 (Burgerlijk Wetboek).

(4) «Le cautionnement s'éteint lorsque, pour un fait imputable au créancier, ne peut avoir effet la subrogation de la caution aux droits, gage, hypothèques et privilèges du créancier».

(5) «Les cautions, même solidaires, demeurent libres de leurs obligations toutes les fois que, par un acte du créancier, elles ne peuvent être subrogées dans ses droits, hypothèques et privilèges».

(6) Art. 1946 du Code civil de l'Empire d'Ethiopie de 1960.

(7) «Le créancier est tenu de remettre à la caution qui le paie les titres et de remplir les formalités qui peuvent l'aider à exercer son recours et à réaliser les gages dont il est nanti» : art. 1946 C. civ. Ethiopien.

(8) Art. 503. C.O. : «Lorsque le créancier diminue au préjudice de la caution les droits de gage, sûretés et droits de préférence existant lors du cautionnement *ou obtenus plus tard* du débiteur pour la garantie spéciale de la créance, la responsabilité de la caution se réduit d'une somme correspondante, à moins qu'il ne soit prouvé que le dommage est moins élevé».

(9) § 776 B.G.B. : «Si le créancier renonce à un droit de préférence attaché à sa créance, à une hypothèque..., un droit de gage... ou un droit contre les cofidejusseurs, la caution est déchargée dans la mesure où... elle aurait pu obtenir une indemnité en vertu du droit auquel il a été renoncé. Il en est ainsi même lorsque le droit auquel il a été renoncé n'a pris naissance qu'après la constitution du cautionnement».

(10) C. civ. général autrichien (1810), art. 1360 : «le créancier... n'est pas autorisé à se dessaisir de son gage au détriment de la caution».

(11) Carter v. White (1883) 25 Ch. D. 666, cité et commenté par M.L. ENGELHARD GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse précitée, pp. 137 à 143. Pour cet auteur «il semble que la caution soit plus efficacement protégée contre la perte des sûretés en droit anglais qu'en droit français» p. 140,

nombreux codes contiennent des dispositions analogues ou d'inspiration voisine (1).

Que le bénéfice de subrogation soit ainsi de tous les temps et de tous les pays est un gage de son utilité. L'utilisation qui en est faite confirme cette analyse.

388. — Utilisation pratique. Plan de l'étude. L'exception que l'article 2037 C. civ. met à la disposition de la caution semble être très fréquemment utilisée par celle-ci. L'absence de statistiques oblige à recourir à la jurisprudence publiée sur la question (2) pour confirmer l'impression d'une sollicitation quasi-systématique de l'article 2037 C. civ. (3). Soit seul, soit plus souvent avec d'autres arguments, le bénéfice de subrogation est continuellement opposé au créancier poursuivant (4). Même s'il s'agit la plupart du temps d'un moyen dilatoire, la fréquence des décisions statuant sur la question prouve que cette exception constitue le terrain le plus fréquenté de tous les champs de lutte pour l'extinction du cautionnement.

Les tribunaux ont dû très tôt déterminer l'étendue à donner au bénéfice. S'agit-il d'un texte d'exception dont l'interprétation doit être étroite, ou d'une application d'un principe supérieur lui conférant une vocation à la généralité ? Ici encore la place à donner à la cause d'extinction est à la mesure de son fondement. Le législateur étant muet, la jurisprudence a dû procéder avec un empirisme qui ne s'est jamais départi de la meilleure équité et du plus parfait bon sens.

Devant cet état de fait, il est nécessaire de déterminer d'abord les règles de fonctionnement posées par le droit positif (§ 1). A l'aide de ces solutions, et parce que nous croyons que «les phénomènes juridiques sont intéressants surtout par les principes d'où ils découlent et dont ils postulent l'existence» (5), nous procéderons à l'analyse de la notion (§ 2). Grâce à la synthèse des éléments ainsi dégagés il deviendra possible de régler les problèmes que le droit positif a laissés en suspens (§ 3).

(1) Code civil de la République populaire de Pologne (1964) art. 887 : «Lorsque le créancier s'est désisté de la sûreté de la créance ou des moyens de preuve, il est responsable envers la caution du dommage qui en résulte». — Code civil portugais, art. 853.

(2) ...Malgré les faibles efficacités et les dangers d'un tel recours ! Cf. sur ce point, J. BRETHER de la GRESSAYE : *De la connaissance pratique du Droit et de ses difficultés*, D. 1952, chron., pp. 89 à 92, spécialement p. 89, 2e col. et p. 90, 1ère col. — et surtout J. CARBONNIER : *Sociologie juridique*, A. Colin (1972), p. 195 et p. 198.

(3) La méthode est d'autant plus imparfaite que le recours à ce texte étant trop souvent dépourvu de fondement et donc d'intérêt juridique, la décision rendue à son propos ne fera pas l'objet d'une publication.

(4) Cf. P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 213.

(5) L. JOSSERAND : *Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs du droit*, in : *Evolutions et actualités* (conférences). Paris, Sirey 1936, pp. 113 à 134, spécialement pp. 130 in fine et 131.

Paragraphe 1

DROIT POSITIF

389. — **Divisions.** La construction jurisprudentielle du bénéfice de subrogation a commencé dès la promulgation du Code civil et n'est pas encore achevée. Les tribunaux se sont efforcés de résoudre les difficultés nées d'un texte laconique à partir de problèmes contentieux divers tenant soit aux sujets de l'exception (A), soit à ses conditions de mise en œuvre (B).

A — Les sujets de l'exception

Qui peut invoquer l'exception, et contre qui sera-t-elle victorieuse ? La réponse à ces deux questions est donnée par l'étude des sujets actifs (a) et des sujets passifs (b) de l'exception.

a) Sujets actifs

390. — **Rejet du codébiteur solidaire.** Tous les débiteurs qui bénéficient d'une subrogation parce qu'ils sont tenus avec d'autres ou pour d'autres (art. 1251-3^o C. civ.) ne sont pas pour autant titulaires de l'exception de subrogation. La jurisprudence a en effet refusé le bénéfice de l'article 2037 C. civ. aux codébiteurs solidaires et à tout débiteur tenu avec d'autres (1). Cette position est en général approuvée (2), bien qu'il soit préférable d'isoler le cas du codébiteur solidaire non intéressé à la dette (3). Restent les débiteurs

(1) Req. 12 mai 1835, D.P. 1835, 1, 259. — Req. 5 décembre 1843, D.P. 1844, 1, 58. — Req. 13 janvier 1852, D.P. 1852, 1, 9. — Req. 18 février 1861, D.P. 1861, 1, 388 ; S. 1861, 1, 986. — Civ. 3 avril 1861, D.P. 1861, 1, 153 ; S. 1861, 1, 586. — Req. 24 juin 1914, D. 1916, 1, 29. — Com. 8 mai 1968, Bull. civ. 1968, IV, n^o 148, p. 132. — Civ. 2 février 1972, Bull. civ. 1972, I, n^o 37, p. 34 ; J.C.P. 1972, IV, p. 64. — Adde : les nombreuses décisions de Cours d'appel publiées au XIX^e siècle et recensées par P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiale*, Thèse, Aix 1959, n^o 104, p. 96, note 7.

(2) Comp. cependant : P.A. SIGALAS, Thèse précitée, n^o 104, p. 98 qui critique la disparité de traitement entre le codébiteur solidaire et la caution solidaire.

(3) En ce sens : G. RIPERT et J. BOULANGER : t. 2 (1957) n^o 1924-1^o in fine p. 687 ; P. A. SIGALAS : op. et loc. cit. ; P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., V^o CAUTIONNEMENT, 2^e ed^o, n^o 326.

qui sont tenus pour d'autres : toutes les sortes de caution n'ayant pas le même régime, différents obstacles étaient posés à une attribution généralisée du bénéfice de subrogation. La jurisprudence a écarté ces objections et accorde l'exception à toutes les cautions (1°) et à l'avaliseur (2°).

1° - Les différentes cautions

391. — Cautions simple et solidaire. Bien évidemment la caution simple figure au premier rang des bénéficiaires. Le texte de l'article 2037 C. civ. a été fait au moins pour elle et la possibilité d'un empêchement général à ce bénéfice n'a jamais été envisagée à son encontre. La caution solidaire ayant une position différente surtout dans ses relations avec le créancier, la question revêt pour elle une acuité plus grande. La doctrine hésita quelque peu dans les premiers temps du XIX^{ème} siècle, notamment parce que TROPLONG, fondant l'article 2037 C. civ. sur le bénéfice de discussion, était conduit à en refuser l'octroi à la caution solidaire (1). Malgré cette note divergente, l'attitude très ferme des tribunaux emporta l'adhésion de l'unanimité des auteurs.

Les décisions de la Cour de cassation dénotent une rare constance qui apparaît avoir découragé les plaideurs. Dès le premier tiers du XIX^{ème} siècle elle posait le principe que «l'article 2037 C. civ., formulé en termes généraux... ne permet aucune distinction entre le cas de cautionnement simple et celui de cautionnement solidaire» (2). Les décisions conformes à cette position devaient se multiplier par la suite (3) ; la question ne se plaide plus et l'on peut considérer la solution comme acquise (4). Les auteurs n'en viennent à critiquer cette position que lorsqu'elle heurte l'application pratique du fondement général qu'ils ont dégagé (5). La règle générale demeure l'extension au caution-

(1) *Le droit civil expliqué* : t. 17 : *Du cautionnement et des transactions*, Paris, Hingray 1846, n° 535 à 549, pp. 474 à 492.

(2) Civ. 17 août 1836, S. 1836, 1, 632 ; D. 1836, 1, 424. — Req. 29 mai 1838, S. 1838, 1, 550 ; D. 1838, 1, 402. — Civ. 23 février 1857, S. 1857, 1, 359 ; D. 1857, 1, 88.

(3) Civ. 14 juin 1841, S. 1841, 1, 465 ; D.P. 1841, 1, 282. — Req. 20 mars 1843, D. 1843, 1, 193 note ; S. 1843, 1, 455. — Req. 9 janvier 1849, D. 1849, 1, 70 note ; S. 1849, 1, 278. — Req. 16 mars 1852, D. 1852, 1, 102 ; S. 1852, 1, 636. — Civ. 19 novembre 1872, D. 1873, 1, 38. — Civ. 23 juillet 1883, D. 1884, 1, 180 ; S. 1885, 1, 171. — Req. 22 décembre 1886, D. 1887, 1, 387. — Civ. 7 mars 1887, S. 1887, 1, 265. — Req. 3 janvier 1888, D. 1888, 1, 36. — Civ. 12 décembre 1898, S. 1902, 1, 86. — Civ. 6 février 1911, D. 1911, 1, 253 ; S. 1911, 1, 501. — Civ. 3 décembre 1941, J.C.P. 1942, II, 1790 ; D.A. 1942, p. 49 ; S. 1942, 1, 8. — Civ. 4 octobre 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 505, p. 380. — Com. 5 décembre 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 403, p. 379.

(4) Sur les conséquences, quant au pouvoir créateur du juge, de l'absence de discussion d'une solution jurisprudentielle, cf. : H. CAPITANT : *Introduction à l'étude du droit privé. Notions générales* : 4^e ed^o, Paris, Pédone 1923, n° 22, p. 57. — J. MAURY ; *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, Mélanges G. RIPERT (1950), t. 1, pp. 28 et suiv., spécialement p. 48.

(5) Par exemple : P.A. SIGALAS : Thèse précitée, n° 104 in fine, p. 98. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n° 136, p. 138 et n° 138, pp. 140 et 141.

nement solidaire de l'article 2037 C. civ. et ce point est souvent considéré comme ne faisant plus l'objet de discussion (1).

392. — Caution réelle. La caution réelle peut-elle faire partie des sujets actifs de l'exception de subrogation ? Sa qualité de débiteur de second rang semblerait le permettre mais l'on a parfois privilégié l'aspect réel de la garantie pour assimiler étroitement la caution réelle au codébiteur solidaire (2). Il faut au contraire considérer que l'engagement de son patrimoine en garantie de la dette d'autrui appelle la qualification de cautionnement (3) même s'il n'y a qu'une fraction limitée du patrimoine qui est engagée ; les avantages qui découlent de cette qualification, principalement au plan de l'article 2037 C. civ., doivent être appliqués.

Le Cour de cassation accorda rapidement l'exception de subrogation à la caution réelle lorsqu'elle eut admis l'absence de restriction du texte (4). Les principaux auteurs donnaient déjà cette solution (5) en combattant avec bonheur la jurisprudence hésitante des premières applications du Code civil (6) et une doctrine peu approfondie qui lui emboîtait le pas (7). Le développement du cautionnement réel, prisé notamment par la pratique notariale (8) et même

(1) Cf. S. BETANT-ROBET : art précité, n° 14, p. 315.

(2) Doctrine et jurisprudence belges ont suivi cette voie. Partant des mêmes textes que leurs homologues français, elles sont arrivées à la solution opposée et refusent à la caution réelle la qualité de caution. L'art. 2037 C. civ. ne lui est donc pas applicable. Cf. A. VAN OBERBROEK : *A propos d'un mode d'extinction du cautionnement : l'article 2037 du Code civil*, Rev. de la banque (belge) 1968, pp. 422 à 434 ; spécialement n° 8. p. 426 et les références in notes 17 et 18.

(3) Contra : C. AUBRY et C. RAU, t. 6, 7^e ed^o, par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, (1975), § 429, n° 240, p. 360 texte et note 41 qui écrivent que « celui qui, sans se rendre personnellement caution a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers... [n'est] pas une véritable caution ».

(4) Req. 27 avril 1942, S. 1942, I, 144 ; J.C.P. 1943, éd. N., II, 2154. — Civ. 23 novembre 1954, Bull. civ. 1954, I, n° 331, p. 279. — Civ. 4 janvier 1973, Bull. civ. 1973, I, n° 1, p. 1, qui rejette l'application de l'art. 2037 mais pour des raisons totalement étrangères à la qualité de la caution.

(5) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed^o, n° 1187, p. 623. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n° 103, pp. 108 et 109. — P. VOIRIN : note au Dalloz 1933, 2, p. 2, 1^{ère} col. et p. 3, 2^e col.

(6) Civ. 25 novembre 1812 et 10 août 1814 au Sirey chronologique.

(7) J.M. BOILEUX : *Commentaires sur le Code civil*, t. 3, Paris, Joubert 1838, art. 2037, p. 572 in principio. — L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o 1895, n° 246, p. 279.

(8) H. BULTE : chronique hypothécaire, J.C.P. 1974, éd. N, n° 4957 et 4962. — Adde : Civ. 4 janvier 1973, précité. L'espèce est remarquable en ce que l'hypothèque consentie par la caution portait sur sa villa, appelée « Ma sécurité » (sic). — N.B. Il ressort des entretiens que nous avons eus avec une trentaine de notaires du Languedoc-Roussillon que, dans la mesure des possibilités de la caution, la prise d'une hypothèque sur ses biens est quasi-systématique. La pratique semble généralisée en France.

aujourd'hui par les banques (1), confère à la question toute son importance. Pour cette raison encore l'octroi de l'exception de subrogation à la caution réelle doit s'imposer (2).

393. — Certificateur. La position du certificateur de caution qui, engagé directement envers le créancier, garantit l'exécution de l'obligation de la caution, ne devrait pas soulever de difficultés. Caution de la caution, le certificateur est un débiteur tenu pour d'autres. S'il paie, il sera automatiquement subrogé dans les droits du créancier principal. Il entre donc dans la catégorie des sujets actifs de l'exception de subrogation et peut donc invoquer ce bénéfice contre le créancier (3). Sa situation de débiteur de second rang est en tous points assimilable, à l'égard du créancier, à celle de la caution. Les mêmes bénéfices doivent donc lui être accordés.

394. — Cautions fiscales. La difficulté s'accroît lorsque l'on aborde les engagements proches du cautionnement mais dont la nature demeure mal définie. Ainsi en est-il des «cautionnements» donnés par les banquiers ou établissements agréés à l'administration fiscale et à l'administration des douanes. Les tribunaux ont décidé que la caution fiscale n'est «ni une caution proprement dite dans le sens du Code civil, ni un codébiteur ordinaire, mais un redevable au même titre que le principal obligé lui-même» (4). Ainsi «devenue

(1) Le développement du marché immobilier facilite l'obtention des cautionnements réels. Depuis 8 à 10 ans les banques recourent au cautionnement hypothécaire tout en continuant d'utiliser le cautionnement réel de valeurs mobilières ; cette affectation de garanties réelles par un tiers concerne surtout le crédit aux particuliers, en raison de la fixité des sommes prêtées. Le cautionnement des crédits aux entreprises est plus souvent général et sans limite de somme ni de temps.

(2) M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o (1954) n^o 1558, p. 1004. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed^o, V^o CAUTIONNEMENT (1970), n^o 328. — H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, 1^{er} vol. 5^e ed^o, 1977, n^o 24, p. 32. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, 1974, n^o 202.

(3) Req. 16 novembre 1938 : D.H. 1939, p. 37 ; Gaz. Pal. 1939, 1, 40. Cet arrêt accorda le bénéfice de l'art. 2037 C. civ. à un certificateur contre l'administration des Domaines coupable d'une faute dans la conservation des droits préférentiels. Par réaction il a entraîné en 1940 la décision du Ministre des Finances d'empêcher, par le biais d'un article du Cahier des Charges des adjudications des marchés de l'Etat, tout recours à l'art. 2037. La subrogation dans les droits et privilèges de l'administration est stipulée ne pas être prise en considération par la caution ou le certificateur.

(4) Riom 7 décembre 1959, Bull. de la T.V.A. et des impôts indirects, Mars 1960, n^o 3, p. 90 ; cité par J.P. WATTIEZ : *J. Cl. Commercial*, annexes, Banque et bourse, fasc. 34 (*Cautionnement bancaire : le contrat de cautionnement*) n^o 55. — Adde : Civ. 14 mai 1816, S. 1816, 1, 190. — Civ. 18 décembre 1822, S. 1823, 1, 164. — Civ. 18 janvier 1841, S. 1841, 1, 324. — Civ. 4 janvier 1888, S. 1888, 1, 329. — Paris 28 novembre 1864, S. 1865, 2, 108. — Aix 17 avril 1961, Bull. contrib. ind. 1961, p. 121.

un débiteur direct» (1), la «caution» (le terme est malgré tout conservé) a une position particulière qui, selon certains, lui ôterait l'exception de subrogation de l'article 2037 C. civ. (2).

Une telle affirmation nous paraît être injustifiée et n'a d'ailleurs pas été retenue par la Cour de cassation qui a jugé le 4 décembre 1950 (3) que la caution d'un marchand en gros est déchargée en vertu de l'article 2037 C. civ. lorsque l'administration a donné main levée des saisies-exécutions et a diminué ainsi la valeur du gage sur lequel auraient pu s'exercer les droits de la caution subrogée. Cette position mérite une approbation complète et est confortée par deux considérations. D'abord les décisions qui font de la caution, tout en lui conservant son nom, «un redevable au même titre que le principal obligé», n'assimilent pas le garant à un codébiteur. La caution reste tenue «au même titre... que le débiteur» (4), mais n'est pas un débiteur principal. Le caractère accessoire de sa dette demeure. Ensuite, et c'est la seconde observation, l'administration elle-même semble douter de la validité de sa position au point d'inclure dans le «règlement du cautionnement» que la Direction Générale des Impôts impose à toute caution (5) et dans les Cahiers de charges concernant les adjudications des marchés de l'Etat (6) des clauses excluant le jeu de l'exception de subrogation. Lorsque ces clauses peuvent jouer, elles écartent l'article 2037 C. civ. ; mais il s'agit alors d'une stipulation particulière du contrat et non d'une conséquence attachée à la situation de la caution.

Ainsi donc on peut affirmer que toutes les cautions disposent du bénéfice octroyée par l'article 2037 C. civ. L'avaliseur est incontestablement dans la position économique d'une caution mais les particularités juridiques de son engagement seraient à même de constituer un frein à son admission au nombre des sujets actifs de l'exception de subrogation.

2° - Le donneur d'aval

395. — Position favorable de principe. L'avaliseur est un débiteur de second rang et il se distingue en cela des endosseurs de l'effet de commerce ;

(1) Civ. 18 décembre 1822, précité.

(2) En ce sens : J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution* (ou *Le cautionnement commercial*) Thèse, Lille 1963, Sirey 1964, p. 132. Adde, mais sans prise de position sur ce problème, l'exposé de la difficulté in *J. Cl. Commercial*, fasc. précité n° 52 à 58. — C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, n° 507, p. 684.

(3) Civ. 4 décembre 1950 : B.O.C.I. 1950 ; II, 150 ; Rec. jurisp. cont. ind. 1949, p. 41.

(4) Cette formule a été reprise par le législateur dans l'article 405 du Code des douanes.

(5) Règlement du cautionnement précité, B.O.D.G.I. 12-A, 17-73, article 4, p. 75. — Adde les commentaires sur cette clause dans l'instruction du 10 décembre 1973 créant ce «règlement», *ibid.* p. 68, n° 85 à 87.

(6) Cf. pour les adjudications de coupes de bois la formule reproduite dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 juillet 1952 et citée par X. MARIN : *obs. Banque* 1952, pp. 714 et 715. — Adde la clause reproduite par S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, art. précité, n° 28, p. 321.

ceux-ci, obligés à titre principal, ne peuvent bénéficier de l'exception de l'article 2037 C. civ. (1).

Le bénéfice de l'article 2037 C. civ. suppose cependant que le sujet qui l'invoque soit titulaire d'une action subrogatoire. Or la question est délicate pour l'avaliseur. Il disposait sans difficulté d'un tel recours avant l'uniformisation du droit du change (2). Le droit nouveau lui accorde un droit personnel au remboursement (art. 130 al. 9 C. com.), mais ne fait aucune mention d'un recours subrogatoire. Certains auteurs en ont conclu que la notion de subrogation n'intervenait pas dans le recours ouvert à l'avaliseur (3). L'argumentation développée n'a pas entraîné l'adhésion des tribunaux (4) et de tous les auteurs (5). La diversité des opinions entraîne en doctrine un partage entre ceux qui refusent l'exception de subrogation au donneur d'aval et ceux qui la lui accordent.

Parmi ceux qui la refusent, les uns invoquent l'incompatibilité de la notion de subrogation avec la technique des recours cambiaires (6), d'autres mettent en avant l'impossibilité qu'il y a d'accorder la technique cambiaire au fondement et aux règles régissant le bénéfice de subrogation (cause, contrat...) (7).

(1) Civ. 11 février 1817, Jur. gén. Dalloz, Vis Effets de commerce, n° 495. — Limoges 17 février 1861, D. 1862, 2, 90.

(2) Civ. 6 juillet 1896, D. 1896, 1, 455. — Civ. 21 janvier 1935, D.H. 1935, 116.

(3) P. LESCOT et R. ROBLOT : *Les effets de commerce*, 1953, t. 1, n° 508, p. 577 et t. 2, n° 685. — R. ROBLOT : note au J.C.P. 1955, II, 8469 sous Montpellier, 1er février 1954. — Devant la fermeté de la jurisprudence, ces auteurs semblent réviser leur position. V. la modération des propositions formulées par P. LESCOT : Note au J.C.P. 1967, II, 15301 (I de la note) sous Paris 5 octobre 1966, et R. ROBLOT : *Les effets de commerce* (1975) n° 255, p. 217.

(4) Com. 5 janvier 1957, Bull. civ. 1957, III, n° 7, p. 6 ; Gaz. Pal. 1957, 1, 204 ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, p. 112, obs. M. CABRILLAC ; J.C.P. 1957, éd. C.I. n° 59902 ; D. 1957, somm. p. 69 ; Rev. trim. dr. com. 1957, p. 437, obs. J. HEMARD et 1958, p. 124, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC. — Com. 26 mai 1961, Bull. civ. 1961, III, n° 204 ; Gaz. Pal. 1961, 2, 235 ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, p. 126, obs. M. CABRILLAC ; Rev. trim. dr. com. 1961, p. 892, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC.

(5) Cf. très nettement : J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : *Traité de droit commercial*, t. 2, 1966, n° 1475, p. 570. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse 1953 (précitée), § 212, p. 250 (et la vive critique de la position contraire, p. 251). — Avec plus de nuances : H. SINAY : *La situation juridique du donneur d'aval*, art. précité, n° 29, pp. 48 et 49. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, op. cit., p. 126.

(6) P. LESCOT et R. ROBLOT : op. et loc. cit. — R. ROBLOT : note au J.C.P. 1955, II, 8469, précitée. En revanche ce même auteur accorde le bénéfice de l'art. 2037 C. civ. à l'avaliseur dans ses derniers écrits : *Traité élém. dr. com.* G. RIPERT et R. ROBLOT, t. 2, 7^e éd° (1973) n° 2014, p. 146 ; *Les effets de commerce* (1975), n° 254-7^e, p. 215 in fine.

(7) P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire...*, Thèse précitée, n° 187, pp. 173 et 174. — A. VAN OBERBROEK : art. précité, n° 9, pp. 426 et 427.

Le plus grand nombre des auteurs penche tout de même pour un octroi de l'exception de l'article 2037 C. civ. à l'avaliseur (1) en accord avec une jurisprudence fort ancienne et toujours réitérée (2).

396. — Problèmes particuliers. Une limitation doit cependant être apportée au droit d'invoquer l'article 2037 C. civ. Elle tient à la combinaison de règles civiles et cambiales. S'il est certain que le droit commun peut combler les interstices d'une législation d'exception (3), il faut convenir également que toute disposition propre au droit cambial interdit l'application dans son domaine de l'article 2037 C. civ. Deux difficultés sont nées de cet affrontement de règles concurrentes.

D'une part la prévision de certaines déchéances par le droit cambial interdit le recours à l'article 2037 C. civ. La solution ne se discute pas puisque la faute du créancier reçoit une sanction appropriée (4).

D'autre part l'existence dans le droit cambial d'une sanction spéciale pour le défaut d'envoi d'avis de non-paiement (art. 149 C. com.) a posé certaines difficultés. Un arrêt de la Cour de cassation statuant sur ce problème fit sensation en refusant à l'avaliseur le bénéfice de l'article 2037 C. civ. en des termes dépourvus d'ambiguïté (5). Argument fut tiré de cette formulation pour généraliser la solution et faire rebondir la question des droits de l'avaliseur (en l'espèce l'avaliseur garantissait le souscripteur d'un billet à ordre, qu'il faut assimiler au tiré accepteur de la lettre de change en ce qu'il ne peut pas réclamer l'envoi d'un avis de non-paiement ; son avaliseur en est également privé,

(1) J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET : op. cit. n° 1474, p. 568. — B. GEISENBERGER : Thèse précitée, § 207, pp. 237 à 243. — H. SINAY : art. précité, n° 16, pp. 32 et 33. — P. JESTAZ : op. cit., n° 329. — J. ISSA-SAYEGH : *J. Cl. com.*, art. 130 (1972), n° 164 à 174. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, précité, n° 33-B-a, pp. 112 à 114. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 195 à 198. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 15 et 16, pp. 315 et 316.

(2) Req. 3 janvier 1888, D. 1888, 1, 36 ; D. 1890, 1, 467. — Req. 19 décembre 1927, S. 1928, 1, 145 et note P. LESCOT ; D.H. 1928, 86. — Req. 16 novembre 1938, D.H. 1939, 37. — Req. 30 juin 1942, D.H. 1943, 21 ; S. 1943, 1, 47. — Civ. 5 juin 1945, D. 1946, 4. — Com. 5 janvier 1957, Bull. civ. 1957, III, n° 7, p. 6 ; Gaz. Pal. 1957, 1, 204 ; J.C.P. 1957, éd. C.I., n° 59902 ; D. 1957, Som. p. 69 ; *La lettre de change dans la jurisprudence*, p. 112, obs. M. CABRILLAC ; Rev. trim. dr. com. 1957, p. 437, obs. J. HEMARD et 1958, p. 124, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC. — Com. 31 janvier 1967, Bull. civ. 1967, III, no 54, p. 48. — Com. 10 avril 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 134, p. 135 ; Gaz. Pal. 1967, 1, 310. — Com. 27 juin 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 263, p. 254 ; Rev. trim. dr. com. 1967, p. 1107, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Com. 14 janvier 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 19, p. 19 ; D. 1970 ; Som. p. 99. — Com. 14 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 290, p. 272. — Com. 26 juin 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 202, p. 195 (sol. impl.).

(3) M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, précité, n° 33-A, p. 112.

(4) Sur les causes de ces déchéances et leur régime, cf. supra n° 378 et 381.

(5) Req. 28 octobre 1952, J.C.P. 1953, II, 7588 note P. LESCOT ; Gaz. Pal. 1952, 2, 412 ; Rev. trim. dr. com. 1953, p. 146, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC. — Adde : Montpellier 1er février 1954, J.C.P. 1955, II, 8469, note R. ROBLLOT ; Gaz. Pal. 1954, 2, 16.

et dans l'affaire il lui fut refusé de bénéficier de l'article 2037 C. civ. en réparation de l'absence d'information dont il avait pâti (1)).

Les décisions ultérieures revenant à la position classique atténuèrent les remous suscités par cet arrêt. Il a cependant l'intérêt d'avoir sensibilisé la doctrine aux limites du champ d'application, en matière cambiaire, de l'article 2037 C. civ.

L'unanimité se fait pour considérer que le texte cambiaire qui prévoit une sanction autre que la déchéance de l'article 2037 C. civ. doit primer celui-ci. Le difficulté rejaillit lorsque l'application de la disposition cambiaire est exceptionnellement suspendue : le tiré d'une lettre de change, le souscripteur d'un billet à ordre ne peuvent prétendre à l'envoi d'un avis de non-paiement ; leur avaliste n'a pas plus de droit qu'eux. Accorder à l'avaliseur l'exception de l'article 2037 C. civ. c'est lui faire une situation meilleure que celle qu'il aurait pu avoir si le texte cambiaire avait joué. L'absence d'équité de cette solution a dû inspirer la décision rendue en 1952 par la haute juridiction. En dépit de cet argument, de nombreux auteurs sont favorables à l'octroi du bénéfice de subrogation dans tous les cas où le droit cambiaire n'accorde pas d'autre protection (2).

Enfin une difficulté naquit aux confins du droit cambiaire et du droit du gage de circonstances proches de celles évoquées ci-dessus. Le créancier gagiste avait mis le gage aux enchères sans prévenir l'avaliseur de la dette alors que l'article 93 C. com. lui fait obligation de signifier la vente au débiteur huit jours auparavant. L'avaliseur arguait de cette négligence pour obtenir sa décharge sur l'article 2037 C. civ. Elle lui fut refusée pour absence de préjudice mais la possibilité d'invoquer l'exception de cession d'actions fut reconnue (3).

Cette possibilité est critiquée au motif que l'avaliseur invoquerait d'une part le droit à l'information qui n'appartient qu'au seul débiteur et d'autre part la protection pour défaut de subrogation qui n'appartient qu'à la caution (4). L'argumentation ne nous convainc pas dans la mesure où le donneur d'aval, tenu comme son débiteur, a droit aux mêmes informations que lui (5). Disposant d'un droit propre à l'information, il peut invoquer un droit propre à l'exception de subrogation (6).

(1) Sur les motifs de la décision et des commentaires suscités cf. : B. GEISENBERGER : thèse précitée, § 207, pp. 240 à 243. — P.A. SIGALAS : thèse précitée, n° 185, pp. 172 et 173.

(2) M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 37-B in fine, p. 130. — M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. à la Rev. trim. dr. com. 1971, p. 402 ; obs. sur un arrêt n'ayant pas tranché ce problème (Com. 4 novembre 1970). — B. GEISENBERGER : op. cit., § 207 in fine, p. 242. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 15, p. 316.

(3) Com. 21 juillet 1964, Bull. civ. 1964, III, p. 347. — Com. 1er mars 1971, J.C.P. 1971, IV, p. 98 ; Banque 1971, p. 732, obs. X. MARIN. — Paris 31 octobre 1950, Gaz. Pal. 1951, I, 14 ; Rev. trim. dr. com. 1951, p. 96, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC.

(4) H. SINAY : art. précité, n° 16, pp. 32 et 33 ; J. BECQUE et H. CABRILLAC, obs. précitées.

(5) Cf. La jurisprudence développée sur l'art. 149 C. com.

(6) Sur une hypothèse semblable cf. Com. 1er mars 1971, Banque 1971, p. 732.

En définitive, l'avaliseur est, au plan des principes, totalement assimilé à la caution quant à son inclusion parmi les sujets actifs du bénéfice de subrogation. La seule limite à l'assimilation trouve son siège dans des protections meilleures (déchéances cambiaires) ou très proches (dommages-intérêts de l'art. 149 C. com.). Les cautions (entendues au sens large) peuvent donc toutes exciper de la non-subrogation, mais elles sont les seuls sujets actifs de cette exception. Contre qui peuvent-elles l'invoquer ?

b) Les sujets passifs

397. — Rejet du certificateur dans son recours. Déterminer les sujets passifs de l'exception de subrogation, ceux auquel on peut l'opposer, paraît à première vue aisé. Puisqu'il s'agit d'une subrogation dans les droits préférentiels dont est titulaire le créancier, c'est contre lui seul que l'exception devrait pouvoir être tournée. Dans cette simplicité apparente deux décisions bien particulières ont pu jeter le trouble.

Dans les adjudications de coupes de bois effectuées pour le compte de l'Etat, l'administration des Domaines exige que l'adjudicataire-acquéreur fournisse une caution et un certificateur de caution. Les banques préfèrent tenir le rôle de certificateur en endossant au profit du Trésor les traites avalisées par la caution dont elles sont bénéficiaires. Etant les plus solvables, elles sont poursuivies en paiement les premières par l'administration et règlent le montant du marché avant de se retourner ensuite contre la caution pour être remboursées. C'est en effectuant un tel recours en leur qualité de certificateur solvens qu'elles se virent opposer par la caution l'exception de l'article 2037 C. civ.

Les cautions soutenaient que la banque avait payé l'administration sans que cela fut nécessaire, alors que cette administration avait commis des fautes graves en ne permettant pas la subrogation dans son droit de rétention. Le Tribunal de commerce de la Seine (1) et la Cour de Besançon (2) ont admis cette argumentation. Selon ces décisions donc, le certificateur de caution pourrait être un sujet passif de l'exception de subrogation (3). Cette solution est assez timidement critiquée par certains (4) et plus vigoureusement par

(1) Trib. com. Seine : 25 juillet 1950, Banque 1952, p. 713, obs. X. MARIN.

(2) Besançon 29 janvier 1954, Banque 1954, p. 735, obs. X. MARIN.

(3) A ces décisions, il convient d'ajouter l'arrêt de la Cour de Paris qui, statuant sur appel du jugement du Tribunal de commerce de la Seine précité, a refusé le jeu de l'art. 2037 C. civ. uniquement parce que le cahier des charges imposait une renonciation de tous les intéressés à ce texte. La formulation des attendus indique clairement que la qualité de certificateur n'est pour rien dans la solution : Paris 12 juillet 1952. Banque 1952, p. 713, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1953, p. 155, obs. M. SCHLOGEL. — Adde : Trib. civ. Vesoul, 23 juin 1953, Banque 1953, p. 728.

(4) X. MARIN : obs. précitées ; M. SCHLOGEL : obs. précitées.

d'autres (1). Une opinion récente paraît au contraire lui être favorable (2) mais elle ne résiste pas à une analyse sérieuse.

Pour notre part, nous ne pensons pas que le certificateur de caution puisse être, dans ses rapports avec la caution, un sujet passif de l'exception de subrogation. Deux raisons justifient cette solution.

D'abord une raison de droit : la caution a, dans ses rapports avec son certificateur, la position d'un débiteur principal. Le certificateur garantit l'engagement de la caution ; celle-ci est donc pour le certificateur agissant en remboursement un débiteur de premier rang. La caution peut tout au plus s'abriter derrière les règles de la responsabilité civile mais n'est pas titulaire du bénéfice de subrogation.

Ensuite, et c'est la seconde raison du refus de ce bénéfice, le certificateur n'avait pas de responsabilité directe dans la perte des droits préférentiels. Certes il avait payé aveuglément mais la faute originelle déterminant la perte des droits incombait au créancier, l'administration des Domaines. N'ayant aucun moyen personnel et direct de préserver la subrogation de tous les solvens dans les droits préférentiels, il ne pouvait pas se voir reprocher l'impossibilité d'une telle subrogation (3).

Les mêmes raisons conduisent à la même solution dans le cas semblable où la caution solvens se retourne contre ses cofidésseurs. En revanche lorsque la caution se retourne contre sa sous-caution, elle exerce à son encontre les prérogatives découlant de la qualité de créancier qu'elle a toujours eue : créancier sous condition suspensive de paiement d'abord, créancier pur et simple ensuite. Pour cette raison la sous-caution pourra invoquer le bénéfice de subrogation : bien que la situation soit fréquente puisque les cautions professionnelles, lorsqu'elles garantissent un groupement, exigent toujours en leur faveur un sous-cautionnement par les dirigeants, aucun contentieux ne s'est à notre connaissance révélé.

Dans le cadre de l'opération de cautionnement, seul le créancier est donc susceptible de tenir le rôle de sujet passif. C'est en effet de l'impossibilité de subrogation dans ses droits qu'il lui est demandé compte. Les autres participants à l'opération sont tenus à l'écart de ce dialogue dans lequel la caution tente d'imputer l'impossibilité de subrogation au créancier (1°), tandis qu'il tente de s'exonérer des conséquences de cette impossibilité (2°).

(1) J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution* (ou *Le cautionnement bancaire*), Thèse précitée, p. 136 ; et *J. Cl. com.*, Banque et bourse, fasc. 34, n° 68.

(2) S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 22, p. 319. V. cependant les hésitations et les changements d'avis de l'auteur dans les numéros précédents.

(3) Le fondement du bénéfice de subrogation que nous proposons de trouver dans l'exécution de bonne foi des conventions, et plus particulièrement des conventions accessoires, justifie encore, si besoin était, notre position. Dans ses rapports avec le certificateur, la caution ne s'est pas engagée à titre accessoire. Elle n'a pas à compter sur une bonne foi spéciale du certificateur puisqu'elle est directement intéressée à la créance qu'il peut avoir contre elle. Aucune des raisons qui étayent la règle de l'art. 2037 C. civ. ne se retrouve ici.

1° - L'imputation de l'impossibilité de subrogation

398. — Faute ou fait. La caution va essayer de démontrer que l'activité ou la passivité du créancier est la cause de l'impossibilité de subrogation. Le texte de l'article 2037 C. civ. vise le «fait du créancier» sans plus le qualifier (1). La notion de faute (dans ses rapports avec la règle morale) n'est pas expressément exigée. La jurisprudence a toutefois ajouté à la loi la nécessité d'une faute imputable au créancier. Ceci renforce la qualification de déchéance car s'il peut y avoir responsabilité sans faute il ne peut y avoir déchéance sans infraction à une conduite de bon père de famille. La doctrine approuve la position jurisprudentielle (2) qui ne reproche au créancier que sa faute, mais qui lui reproche toute faute, aussi bien de commission (α) que d'omission (β).

 α - L'activité du créancier

399. — Imputabilité de l'activité. L'impossibilité de subrogation due au fait positif du créancier ne présente guère de difficulté au plan de l'imputabilité. L'appréciation de l'activité est une question de fait et les décisions qui concernent l'application de l'article 2037 C. civ. révèlent l'importante diversité des hypothèses (3). Deux questions méritent cependant une attention particulière, bien qu'elles soient aisément résolues.

D'une part il s'agit de l'acte positif par lequel le créancier accorde au débiteur une prorogation d'échéance. Cet acte n'est pas, en tant que tel, nécessairement préjudiciable à la caution. L'article 2039 C. civ. interdit expressément d'y voir un évènement extinctif du cautionnement. La jurisprudence ajoute que la caution n'est pas déchargée même si l'octroi d'un délai a favorisé l'insolvabilité du débiteur (4). En revanche la perte d'un droit préférentiel

(1) R.J. POTHIER, dont les rédacteurs du Code civil se sont inspirés pour préparer l'article 2037, ne précisait pas la nature de ce fait. Tout au plus donnait-il des exemples de décharge de la caution (*Oeuvres*, t. 3 précité, n° 557, pp. 417 à 421). Cependant à la fin du commentaire de l'*exceptio cedendarum actionum*, il exclut la simple négligence du créancier (*ibidem* pp. 421 in fine et 422).

(2) En ce sens, après un minutieux examen : P. SIMLER : *op. cit.* n° 246 à 248 et les auteurs cités.

(3) Pour une série d'exemples cf. : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 1176, pp. 612 à 616. — P. SIMLER : *op. cit.*, n° 252.

(4) Req. 17 août 1859, D.P. 1859, 1, 359 ; S. 1860, 1, 145, et les décisions subséquentes (cf. P. SIMLER : *op. cit.*, n° 217).

due à une telle prorogation d'échéance décharge normalement la caution (1). L'activité du créancier reste donc, malgré l'article 2039 C. civ., imputable à faute si elle entraîne le dépérissement des droits préférentiels.

D'autre part l'activité du créancier présente une difficulté d'imputabilité lorsque la relation de cause à effet entre l'acte positif et l'impossibilité de subrogation n'est pas directe. L'évènement médiateur peut être l'activité d'un tiers ou l'impossibilité technique de mettre en œuvre les moyens de sauvegarder la subrogation. Malgré ce, la jurisprudence impute, à juste titre d'ailleurs, l'impossibilité de subrogation au créancier. L'intercession d'un tiers (2) qui a agi du consentement ou sur l'ordre du créancier rend quand même le fait imputable à celui-ci. Il en est ainsi par exemple lorsque le créancier tolère ou autorise la vente par le débiteur d'une partie des biens objets de la garantie (3), ou encore lorsqu'il dispense formellement le notaire d'inscrire les sûretés qui étaient stipulées (4).

L'imputation est encore plus difficile à établir, mais existe quand même, lorsque la faute originaire du créancier se traduit par une apparente impossibilité d'inscrire la sûreté réelle dans laquelle la caution aurait voulu être subrogée. Ainsi en est-il lorsque le créancier laisse une escroquerie au crédit se développer en versant le montant du prêt à l'acheteur et non au vendeur : l'impossibilité d'inscrire le gage est la conséquence directe de l'escroquerie mais la faute du créancier est à l'origine d'une telle situation. La caution est alors recevable dans son exception de subrogation (5). De même lorsque le créancier ne peut inscrire son gage en raison d'une erreur de véhicule dont «rien ne prouve [qu'elle] n'était pas due au créancier» (6).

L'imputation de l'impossibilité de subrogation en raison de l'activité du créancier est donc retenue chaque fois que cette activité est à l'origine, plus

(1) Cass. 18 décembre 1844, S. 1845, 1, 108 ; D. 1845, 1, 47 (perte d'un privilège). — Cass. 8 août 1872, S. 1872, 1, 425 ; D. 1873, 1, 240 (perte d'un droit de rétention). — Adde : Req. 2 décembre 1895, D. 1896, 1, 255 ; S. 1896, 1, 65. — Civ. 8 juillet 1913, D. 1914, 1, 241 ; S. 1914, 1, 365. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, 385, ; Gaz. Pal. 1938, 2, 183. — La doctrine approuve cette solution. Cf. L. GUILLOUARD : op. cit., n° 236, p. 265 et note 2 et n° 251, p. 284. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1176, p. 615 in fine et note 5.

(2) Il s'agit d'un penitus extranei, et non du préposé ou du mandataire du créancier qui doit être assimilé au créancier lui-même. Adde : P. SIMLER : op. cit. n° 249. — V. également les arrêts cités par G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1177, p. 616, note 6.

(3) Civ. 6 octobre 1971, Bull. civ. 1971, I, n° 253, p. 214 ; D. 1973, p. 316, note T. IVAINER.

(4) Com. 7 octobre 1968, Bull. civ. 1968, IV, n° 252, p. 225.

(5) Com. 27 juin 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 263, p. 254 ; Rev. trim. dr. com. 1967, pp. 1107 et 1108 (2ème arrêt), obs. J. BECQUE et M. CABRILLAC.

(6) Com. 24 avril 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 116, p. 117.

ou moins directement, du préjudice de la caution (1). Son activité lui est ainsi imputable à faute. Peut-il en être de même de sa passivité ?

β - La passivité du créancier

400. — Principe de l'imputation. Très tôt le problème de l'admission du fait négatif du créancier comme cause d'application de l'article 2037 C. civ. a été soulevé. Le texte laissant toute possibilité, les auteurs et les tribunaux en ont pesé toutes les virtualités avant de pencher pour l'acception la plus large (2).

Les décisions des juridictions de fond furent hésitantes durant le premier quart du XIX^e siècle, en reflet des opinions contradictoires émises par les commentateurs du Code. La Cour de cassation prit position en faveur de la décharge de la caution consécutive à une négligence du créancier, mais sans poser nettement de principe (3). Une formulation nette du principe apparaît à partir de la deuxième moitié du siècle (4) aux termes de laquelle «il n'est pas nécessaire que le fait du créancier soit positif in committendo : il suffit que ce fait soit négatif, in omittendo», ou encore affirmant que la faute du créancier doit être retenue «tam in omittendo quam in committendo». La position prise par la haute juridiction, qui emporta l'adhésion de la doctrine

(1) Cette solution n'est pas sans rappeler la théorie de la causalité dans la responsabilité civile. Ici comme partout, l'appréciation des relations causales repose sur le bon sens et l'intuition des juges. Même la théorie de la causalité adéquate, qui n'a pourtant «rien de précis» (B. STARCK, *Droit civil, Obligations* n° 745, p. 268), n'apporte pas de solution générale. L'effort abstrait est donc inutile car «tout essai de raisonnement scientifique s'avère inefficace : seul le juge dira que la causalité est ou non en relation directe avec le dommage» (B. STARCK : op. cit., n° 747 in fine, p. 269).

(2) Cf. les réflexions de H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS sur ce problème : t. 3, 1^{er} vol., *Lectures de la 2^{ème} leçon*, III, 1^o. (5^o ed^o, p. 36). Ces auteurs semblent cependant assimiler abusivement faute non-intentionnelle et faute d'imprudence mais cela est sans incidence sur la valeur de la solution retenue.

(3) Req. 17 juillet 1827, Jur. gén. Dalloz, V^o Cautionnement, n° 343, pp. 603 et 604. — Req. 25 juillet 1927, Jur. gén. Dalloz, V^o Cautionnement, n° 344, p. 604 ; S. chronologique. — Cass. 23 mai 1833, S. 1833, 1, 574. — Cass. 17 août 1836, S. 1836, 1, 632. — Cass. 29 mai 1838, S. 1838, 1, 550. — Cass. 14 juin 1841, S. 1841, 1, 465. — Cass. 20 mars 1843, S. 1843, 1, 455.

(4) Req. 9 janvier 1849, S. 1849, 1, 278 ; D. 1852, 1, 103. — Civ. 23 février 1857, S. 1857, 1, 359. — Cass. 7 juillet 1862, S. 1862, 1, 799 ; D. 1862, 1, 485.

unanime (1), ne varia ensuite jamais (2). Le nombre des arrêts récents rendus en la matière démontre que la question fait encore l'objet de discussions de la part du créancier (3). Il semble que ce soit seulement en raison de circonstances propres à l'espèce et pour justifier la bonne foi de sa passivité que le créancier proteste, l'intention qui l'anime n'étant pas de contester un principe gravé dans les tables des juristes.

401. — Non exercice d'une faculté. La question rebondit surtout lorsque le créancier estime que l'acte qu'on lui reproche de ne pas avoir exécuté constituait pour lui une simple faculté qu'il était libre d'exercer ou non (4). Souvent les tribunaux sanctionnent le créancier qui n'a pas exercé sa faculté et lui imputent à faute sa passivité si elle a conduit à l'impossibilité de subrogation. Cette position ne fait pas l'unanimité en doctrine, certains auteurs considérant la faculté contractuellement offerte au créancier comme un pouvoir discrétionnaire (5).

En réalité l'attitude du créancier doit s'apprécier non pas en fonction de ses droits ou obligations à l'égard du débiteur mais en fonction de la conduite qu'aurait tenue un bon père de famille, eu égard à l'existence d'une caution. La faculté prévue au contrat ne peut être discrétionnaire que dans les relations entre créancier et débiteur ; dans les relations créancier-caution, elle apparaît tout au contraire comme un moyen privilégié de protection des droits préférentiels.

(1) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, (1895), n^o 234 et 235, pp. 262 à 265. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : n^o 1176, pp. 613 et 614 et les auteurs cités, note 5, p. 613. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1560, p. 1006 et note 1.

(2) Civ. 2 décembre 1895, D. 1896, 1, 255 ; S. 1896, 1, 65. — Req. 19 décembre 1927, S. 1928, 1, 145 note P. LESCOT ; D.H. 1928, 86 ; Gaz. Pal. 1928, 1, 385. — Req. 16 novembre 1939, D.H. 1939-37 et les obs. ; Gaz. Pal. 1939, 1, 40. — Civ. 5 juin 1945, D. 1946, 4 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, t. 3 : *Lectures de la 2^{ème} leçon*, p. 36. — Com. 5 janvier 1957, Bull. civ. 1957, III, n^o 7, p. 6. — Civ. 15 novembre 1965, Bull. civ. 1965, II, p. 515. — Com. 31 janvier 1967, Bull. civ. 1967, III, n^o 54, p. 48. — Civ. 6 octobre 1971, Bull. civ. 1971, I, n^o 253, p. 214 ; D. 1973, 316, note T. IVAINER. — Civ. 12 novembre 1974, Bull. civ. 1974, III, n^o 408, p. 312 ; J.C.P. 1974, IV, p. 426.

(3) Civ. 9 février 1970, Gaz. Pal. 1970, 1, 201 ; D. 1970, somm. p. 101 ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 461, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Adde : P. FABRE : note à la revue de jurispr. com. (journal des agrées) 1967, pp. 526 à 530 sous Trib. com. Seine 4 octobre 1966.

(4) Cf. par exemple Riom 7 octobre 1960, D. 1962, 2, 79 note A. HONORAT. La caution reprochait au créancier de ne pas avoir usé de la faculté de compenser les soldes de deux comptes-courants, faculté conférée par une lettre de fusion du débiteur. La Cour d'appel l'a reçue en sa critique.

(5) Cf. au sujet de la clause d'exigibilité anticipée de la dette pour non paiement d'une échéance : M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution*, J.C.P. 1973, I, 2577, n^o 7 : « on ne voit pas sur quel fondement on pourrait lui reprocher une faute du seul fait qu'il n'a pas exercé une faculté qui lui est offerte mais nullement imposée ».

Laisser cette protection inemployée constitue une atteinte à la loyauté, à la bonne foi gouvernant les actes du créancier qui intéressent indirectement la caution.

Le reproche adressé au créancier ne repose ni sur l'inexécution d'un devoir ni sur une abstention illicite ; il lui est reproché de ne pas avoir, dans les motifs qui l'ont guidé, tenu compte de l'existence d'une caution à ses côtés. L'égoïsme du créancier est fustigé et son inaction est sanctionnée en ce qu'elle est la transposition au plan des faits de la mauvaise foi ou de l'insouciance qui animait le créancier au plan des intentions. Les hypothèses de non-exercice d'une simple faculté sont révélatrices d'une infraction à la bonne foi et éclairent les autres décisions rendues en matière de passivité du créancier.

402. — Prorogation du terme par inactivité. Parmi les cas particuliers de passivité (1) qui ne présentent d'intérêt qu'au regard des éléments du contexte (2), une hypothèse fréquemment soumise aux juridictions apparaît spécialement intéressante. Il s'agit de l'imputation au créancier de son inaction après l'échéance du terme.

La passivité du créancier devant le non-paiement par le débiteur de sa dette devenue exigible peut entraîner pour la caution un préjudice grave. Poursuivie trop tard, alors que le débiteur est devenu peu solvable sinon insolvable, elle est privée de toutes chances de remboursement. Peut-elle reprocher au créancier son attitude négligente ? La solution à donner ici reprend les éléments de celle retenue lors de l'étude de la prorogation du terme (3). Il convient donc d'éliminer une situation nette : lorsque la passivité du créancier à l'échéance a entraîné la perte d'un droit préférentiel, l'article 2037 C. civ. trouve à s'appliquer. La solution vaut autant pour l'hypothèse d'une prorogation active que passive (4).

Au-delà de cette situation apparaît une question différente : la passivité totale du créancier qui entraîne des désagréments pour la caution sans pour autant faire disparaître des droits préférentiels permet-elle de faire jouer l'article 2037 ? Il faut pour cela que la passivité totale, l'inaction complète,

(1) Cf. pour les exemples relevés en jurisprudence : P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed^o, V^o CAUTIONNEMENT n^o 349 et suiv. — P. SIMLER : op. cit., n^o 257. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n^o 61 et suiv., pp. 334 et suiv.

(2) Cf. par exemple, en sus des espèces précitées : Civ. 12 novembre 1974, où le créancier a laissé pendant plus d'un an le débiteur s'appauvrir jusqu'à la liquidation des biens. (Bull. civ. 1974, III, p. 312 ; J.C.P. 1976, éd. N, II, 18250, note H.T. ; Rev. Loy. 1975, p. 127 ; Gaz. Pal. 1975, I, somm. p. 17, V^o Cautionnement ; Quot. Jur. 12 juillet 1975. — Com. 3 novembre 1975, où le créancier s'est désintéressé de son gage (fonds de commerce) au point d'en laisser disparaître plusieurs éléments (droit au bail et même le matériel, transporté ailleurs). — C'est à propos d'une négligence fautive du créancier (non inscription de sa sûreté) que le rapport de la Cour de cassation a pour la première fois signalé le bénéfice de subrogation à l'attention des juristes : Rapport 1973-1974, p. 65 ; obs. sur Com. 20 juillet 1973 : Bull. civ. 1973, IV, n^o 259, p. 232.

(3) Cf. supra n^o 238.

(4) Cf. supra n^o 399. — Adde en ce sens : M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. à la Rev. trim. dr. com. 1972, p. 970 sous Com. 24 avril 1972 (p. 969).

ne soit pas assimilable à la prorogation de terme pour laquelle le créancier est exonéré de toute responsabilité par l'article 2039 C. civ. Jurisprudence et doctrine laissent percer un embarras certain.

Afin d'éclaircir le problème, il est nécessaire d'en écarter les solutions rendues à propos de la clause interdisant au créancier d'accorder une prorogation de terme (1). En effet les tribunaux se sont fréquemment abrités, pour analyser l'attitude du créancier au regard de la clause, derrière l'interprétation souveraine des termes du contrat (2). Au surplus la situation se présente en des termes totalement inversés par rapport au droit commun. Normalement la caution plaide la différence entre l'octroi d'un délai (activité qui ne la décharge pas : art. 2039) et la passivité du créancier à l'échéance. En présence de la clause d'interdiction de délai, la caution invoque au contraire l'assimilation de la passivité du créancier à l'octroi d'un délai, afin de mettre en jeu la clause libératrice. La finalité des actions est donc opposée. L'équité ou la simple faveur que les juges désireraient faire jouer à l'actif de la caution ou du droit du crédit entraîne des motivations inutilisables pour l'hypothèse de droit commun (3).

En droit commun la question reste posée. Pendant fort longtemps les tribunaux rejetèrent avec fermeté les arguments des cautions, considérant qu'il n'y avait pas faute à proroger le terme par une simple inactivité (4). La doctrine quasi-unanime a approuvé cette solution (5).

(1) Cf. supra n° 247 à 250.

(2) Req. 30 novembre 1932 : Gaz. Pal. 1933, 1, 314. — Amiens 25 février 1965 et sur pourvoi Civ. 30 novembre 1966 reproduite en annexe de la chronique de M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution*, J.C.P. 1973, I, 2577.

(3) Les auteurs ayant commenté ces décisions insistent d'ailleurs sur la spécificité de leur solution. Cf. M. DAGOT : chron. précitée et note au J.C.P. 1973, II, 17572, sous Civ. 22 mai 1973. — J.V., note sous Grenoble 28 juin 1972, Journ. not. avoc. 1974, pp. 359 à 361. — Contra, en faveur de la généralisation : S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, art. précité, Rev. trim. dr. civ. 1974, pp. 309 à 346, spécialement n° 63, p. 334 in fine et 335.

(4) Civ. 22 janvier 1849, S. 1849, 1, 182 ; D. 1849, 1, 33. — Civ. 8 mai 1861, S. 1861, 1, 582 ; D. 1861, 1, 269. — Civ. 31 juillet 1900, D.P. 1901, 1, 275 ; S. 1902, 1, 119. — Civ. 25 mai 1938, D.H. 1938, 385. — Com. 24 avril 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 118, p. 119 ; Rev. trim. dr. com. 1972, p. 969, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVEST-LANGE.

(5) P. PONT : *Des petits contrats*, t. 2, n° 383, p. 190. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 6^e ed° par P. ESMEIN § 429, texte p. 303 et note 24. et les auteurs cités. — L. GUILLOUARD : op. cit. n° 235, p. 265 et note 1, et les auteurs cités. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1176, p. 615 et note 4. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1560, p. 1006 in fine et p. 1007 (et note 1). — A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours élém. dr. civ. français*, t. 2, 10^e ed°, par L. JULLIOT de la MORANDIERE, 1948, n° 1420-B, p. 904 in fine et 905. — P. SIMLER : op. cit., n° 259. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 62 et 63, pp. 334-335. — P. VOIRIN note au recueil PENANT 1945, pp. 48 à 51, art. 6044 sous Civ. 13 juin 1939, spécialement p. 49. — T. IVAINER : note au Dalloz 1973, pp. 316 à 319 sous Civ. 6 octobre 1971, spécialement p. 318, 2^e col. in principio.

Une réaction semble cependant se dessiner à l'encontre de cette solution entendue trop dogmatiquement. Trois décisions récentes n'ont pas craint de libérer la caution en raison d'une volonté d'attribution du créancier jugée abusive et donc fautive (1). L'analyse nous paraît justifiée et mérite d'être approuvée sur le seul terrain de la faute (2).

Certains auteurs atténuent les différences en laissant aux juges la liberté d'apprécier l'intention du créancier, la loyauté de sa conduite, et d'y déceler au besoin une faute susceptible d'entraîner l'application de l'article 2037 C. civ. (3) ; la faute sera par exemple trouvée dans l'absence d'une information de la caution (4) à condition que le créancier se rende coupable d'un abus (5). Ainsi accroît-on le domaine de la sanction par l'article 2037 C. civ. de la passivité du créancier. Celui-ci n'est cependant pas sans défense et peut exciper de causes d'exonération.

2° *L'exonération de la sanction de l'impossibilité de subrogation*

403. — Possibilité - Plan. La lettre du texte de l'article 2037 C. civ. ne contient aucune mention d'une telle possibilité d'exonération ; celle-ci résulte en vérité de l'application logique de ses dispositions. Les causes d'exonération du créancier sont admises en droit positif par application du droit commun (α). L'étendue de cette exonération en cas de pluralité de fautes du créancier fait cependant l'objet de quelques controverses (β).

α - *Les causes d'exonération*

404. — Causes extérieures. Comme en droit commun, l'impossibilité de subrogation due à un cas fortuit ou à la force majeure exonère le créancier de la sanction dont il risquait d'être l'objet. Une décision a admis cette règle (6) ; elle est approuvée par l'ensemble de la doctrine (7).

(1) Civ. 6 octobre 1971, Bull. civ. 1971, n° 253, p. 214 ; D. 1973, p. 316 note critique T. IVAINER. — Civ. 12 novembre 1974, J.C.P. 1974, IV, p. 426. — Pau 31 octobre 1974 : D. 1975, Somm. p. 1,

(2) En revanche il est discutable de faire jouer l'art. 2037 C. civ. en l'absence de droits préférentiels. Cf. supra l'exposé de notre position n° 244 en ce qui concerne les décisions jurisprudentielles et n° 245 quant à la solution proposée.

(3) A. VAN OVERBROEK : *A propos de l'extinction du cautionnement : l'art. 2037 du Code civil*, Revue de la banque (belge), 1968, pp. 422 à 434, spécialement n° 15, p. 432.

(4) P. VOIRIN, note précitée, pp. 49 et 50. — P. JESTAZ : op. cit., n° 350. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 64, p. 335. — Adde : Civ. 12 novembre 1974, précité.

(5) Cf. supra le problème de la responsabilité civile du créancier pour abus du droit de ne pas informer : n° 375 et 376.

(6) Req. 22 décembre 1886, D. 1887, 1, 387 ; S. 1888, 1, 53.

(7) M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1560 in fine, p. 1008. — P. JESTAZ : op. cit., n° 355. — S. BETANT-ROBET : art. précité n° 81, p. 43. — P. SIMLER : op. cit., n° 272.

En vertu des mêmes principes le fait d'un tiers exonère le créancier. Ainsi le syndic de faillite qui menace d'introduire une action en inopposabilité contre une hypothèque constituée en période suspecte exonère le créancier qui donne mainlevée de cette sûreté (1). De même la faute du tiers qui laisse périr les sûretés exonère le créancier (2). La faute du débiteur de l'obligation principale ne peut être reprochée au créancier, si celui-ci a fait tout ce qu'il pouvait pour l'éviter. Il peut s'agir soit de fraude du débiteur (3) soit de sa négligence (4). La doctrine approuve une telle exonération (5).

La faute de la caution, victime de l'impossibilité de subrogation, inhibe l'effet libératoire de l'article 2037 C. civ. Pour des raisons d'équité comme d'application littérale du texte, les tribunaux refusent de libérer la caution qui est ainsi à l'origine de l'impossibilité de subrogation (6). De même la caution négligente, qui pourrait sauvegarder les droits préférentiels mais reste inactive, ne peut faire le même reproche au créancier (7).

Plus topique encore est la jurisprudence qui se développe autour de la connaissance personnelle que la caution peut avoir de la dépréciation des droits préférentiels. La situation est fréquente de la caution garantissant sa propre entreprise érigée en personne morale débitrice principale. Lorsque les droits préférentiels contre le débiteur sont tels qu'ils n'emportent pas dépossession de celui-ci, nul n'est mieux placé que la caution pour en apprécier l'état et

(1) Com. 15 novembre 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 573, p. 515.

(2) Com. 10 février 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 48, p. 47 ; D. 1970, 693. Lorsque la caution se retourne contre sa sous-caution elle peut se trouver en butte à une défense axée sur le bénéfice de subrogation car elle est alors un créancier (cf. supra n° 397 in fine). Elle sera toutefois exonérée si elle établit que la perte des sûretés est le fait du créancier de l'obligation principale et qu'elle-même n'a commis aucune faute en ce domaine.

(3) Com. 6 janvier 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 1, p. 1. — Comp. Com. 12 mars 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 91, p. 93. — Ou encore : Com. 14 janvier 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 19.

(4) Montpellier : 2^e ch. 29 juin 1971, Guy c/Sté de financement pour le crédit automobile (inédit). Le gage automobile avait été laissé à l'abandon pendant plusieurs mois, mais le débiteur payant régulièrement ses mensualités, le créancier n'avait pas été alerté.

(5) Cf. les auteurs cités supra. — Adde sur le sujet : les décisions citées par P. SIMLER : op. cit. n° 280.

(6) Civ. 19 janvier 1892, D. 1892, p. 89, note anonyme. — Civ. 8 juillet 1913, D.P. 1914, 1, 241. — Colmar 8 mai 1968, Rev. Als. Lor. 1969, 1, ; Gaz. Pal. T.Q. 1966-1970, V° Cautionnement, n° 90 et 91.

(7) Pour non production à la faillite du débiteur en vertu de l'article 2032-2^e C. civ. : Civ. 10 janvier 1922, D.P. 1922, 1, 145. — Civ. 13 juin 1939, D.H. 1939, 417. — Com. 4 octobre 1972, Gaz. Pal. 1973, 1, 143 (1^{ère} espèce). Note D. MARTIN ; Bull. civ. 1972, IV, n° 231, p. 222 ; Banque 1973, p. 507 (sommaire), 8. — Paris 20 février 1963, Banque 1964, p. 317.

Pour non poursuite du débiteur malgré les droits ouverts par les articles 2039 et 2032-4^e C. civ. : Civ. 8 mai 1861, S. 1861, 1, 582. — Montpellier 1^{ère} Ch. 6 juin 1969, Carraci c/S.A. Credico (inédit). Dans cette espèce le créancier avait prévenu la caution de l'octroi de délais supplémentaires ; celle-ci n'a pas daigné poursuivre le débiteur malgré la connaissance qu'elle avait de la dépréciation du gage ; sur pourvoi, rejet par : Com. 1^{er} mars 1971, J.C.P. 1971, IV, p. 98 ; Banque 1971, p. 732, obs. X. MARIN.

éviter leur dépérissement (1). Les tribunaux n'hésitent pas alors à faire peser sur la caution les conséquences de sa duplicité et exonèrent totalement le créancier (2). La doctrine approuve une telle solution au nom des règles de bon sens et d'équité (3).

405. — Absence de faute. Dans toutes les hypothèses énumérées, une cause étrangère justifiait l'exonération du créancier. La jurisprudence va cependant plus loin et affirme nettement que même lorsqu'aucune cause extérieure ne peut être établie, l'absence de faute du créancier suffit à l'exonérer. Qu'il se soit conduit avec loyauté et bonne foi lui permet de conserver ses recours contre la caution, quand bien même les droits préférentiels dont il était titulaire ne peuvent être transférés au solvens (4). Une telle position, qui s'accorde bien avec l'esprit et le fondement de l'article 2037 C. civ., est approuvée par la doctrine (5), même si tous les auteurs ne la mettent pas en relief.

β - L'étendue de l'exonération

406. — Concours de fautes. Le concours de causes différentes à l'impossibilité de subrogation pose le problème de l'étendue de l'exonération qui en résultera pour le créancier. La question est débattue en doctrine car la jurisprudence est très ambiguë (6). Aucun principe ne peut être dégagé des arrêts

(1) Cf. les observations de Mr. le Doyen R. SAVATIER sur le cautionnement de «sa» Société par le maître de l'affaire, Note au Dalloz 1962, pp. 770 à 772 sous Trib. com. Seine 19 juin 1962, spécialement II, p. 771, 2^e col. et p. 772.

(2) Com. 3 mai 1960, Bull. civ. 1960, n° 160, p. 146. — Besançon 6 juillet 1928, D.H. 1928, p. 584 ; Rev. crit. légis. et jurispr. 1929, p. 149, obs. M. DESSERTAUX. — Trib. com. Seine 7 janvier 1966, Gaz. Pal. 1966, 1, 317 ; Rev. Soc. 1966, 206. — P. SIMLER cite encore (op. cit. n° 277) : Amiens 11 mai 1960 et Poitiers 15 avril 1970 (inédits).

(3) Cf. P. JESTAZ : op. cit., n° 357. — S. BETANT-ROBET. art. précité, n° 78, p. 342. — Pour le droit positif belge qui adopte la même attitude, cf. A. VAN OVERBROEK, art. précité, n° 16, p. 432 in fine et 433 et la jurisprudence citée, note 54.

(4) Civ. 4 octobre 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 505, p. 380. — Com. 8 mai 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 185, p. 199 ; Rev. trim. dr. com. 1967, p. 1106, obs. J. BECQUE et M. CABRILLAC. — Com. 14 janvier 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 19, p. 19 ; D. 1970, somm. p. 99. — Com. 10 février 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 48, p. 47 et l'arrêt frappé du pourvoi rejeté. — Paris 25 janvier 1967, D. 1967, 572, concl. BERTRANT ; Gaz. Pal. 1967, 1, 262 ; J.C.P. 1967, II, 15132. — Com. 2 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 77, p. 73 ; D. 1970, somm. p. 170. — Com. 7 février 1972, Bull. civ. 1972, IV, p. 43. — Com. 14 novembre 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 290, p. 272. — Civ. 8 février 1977, Gaz. Pal. 1977, 1, Som. p. 149 ; D. 1977, I.R., p. 170 (daté 9 février).

(5) Cf. L.M. MARTIN, obs. in Banque 1972, p. 1044, 1^{ère} col. in fine. — P. SIMLER : op. cit., n° 270 à 273.

(6) Elle a même été interprétée en deux sens totalement opposés par les mêmes auteurs : G. BAUDRY-LACANTINIERIE et A. WAHL, t. 24, 3^e ed°, n° 1177, p. 617, notes 3 et 4, reviennent dans cette troisième édition sur l'opinion soutenue dans les deux premières mais invoquent et citent toujours les mêmes arrêts à l'appui de la solution présentée.

et seule l'analyse des motifs permet de trouver les éléments d'une solution. A cet exercice, les auteurs mettent une ardeur et une efficacité fort différentes.

Les partisans d'une exonération totale du créancier sont peu nombreux (1) et procèdent davantage par affirmation que par déductions ou explications. Plus nombreux sont les auteurs qui constatent les hésitations jurisprudentielles et restent circonspects sur l'affirmation d'une exonération totale du créancier, n'évoquant le problème que très superficiellement (2).

D'autres préfèrent envisager les différentes hypothèses possibles de cumul de fautes, de succession de fautes, d'influence plus ou moins totale des causalités antagonistes sans dégager pour autant de principe directeur (3).

Les derniers enfin appliquent le droit commun de la pluralité de causes et, en vertu de la causalité adéquate, attachent à chaque faute l'importance que lui donne son influence sur le déperissement des droits préférentiels (4). En raison de sa logique et du respect du droit commun qu'elle entraîne cette dernière solution nous paraît devoir être retenue sans hésitation.

A causalité partielle dans la perte des droits préférentiels correspondra une sanction partielle pour le créancier. La faute de la caution laissera intact son engagement à proportion de son influence, concurremment au fait du créancier. L'étendue de l'exonération du créancier en présence d'une faute concurrente de la caution sera donc fonction de l'importance respective des conséquences de chaque faute. Une telle solution, affirmée pour le concours de fautes entre le créancier et la caution, peut être retenue également en cas de concours de fautes entre le créancier et un tiers (5).

Les sujets de l'exception de subrogation, qu'ils soient actifs ou passifs, demeurent soumis à un régime très fouillé de mise en œuvre de la sanction. La matière ne se départit pas de cette complexité en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de l'exception.

(1) Cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, t. 24, 3^e ed^o, n^o 1177, p. 614, qui expliquent fort peu leur nouvelle position. — A. WAHL : note au Sirey 1903, I, 137 sous Req. 18 mars 1901. — P. SIMLER : op. cit., n^o 274.

(2) C. AUBRY et RAU : op. cit., § 429, note 13 in fine (cités à l'appui de théories opposées par certains auteurs). — M. PLANIOL et G. RIPERT et R. SAVATIER : op. cit., n^o 1560, p. 1008. — P. JESTAZ : op. cit., n^o 358.

(3) S. BETANT-ROBET : art. précité, n^o 79 et 80, pp. 342 et 343.

(4) Cf. les excellentes explications de F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, 4^e ed^o, 1887, t. 28, n^o 313 et 314, p. 318 à 321. — Adde : L. GUILLOUARD : op. cit., n^o 237, p. 267. — A. WAHL : note au S. 1903, I, 137 sous Req. 18 mars 1901 mais avec des réserves. — D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^{ère} ed^o, V^o CAUTIONNEMENT, n^o 279.

(5) Cf. Civ. 27 novembre 1973, Bull. civ. 1973, I, n^o 322, p. 285 ; J.C.P. 1974, IV, p. 12. Les juges du fond avaient dégagé la faute d'un tiers comme cause principale de la disparition des sûretés et avaient exonéré le créancier. Leur décision est cassée car il leur appartenait « de rechercher si le déperissement de la valeur des matériaux [qui constituait le gage] ne provenait pas du fait de la commune [la créancière] ».

B — Les conditions de mise en œuvre de l'exception**407. — Dualité des fonctions de l'exception et donc de ses conditions.**

Le bénéfice de subrogation remplit une double fonction de sanction du créancier et de protection de la caution (1). D'une part il est une sanction dirigée contre le créancier ; fautif d'avoir laissé perdre les droits préférentiels qu'il détenait à l'encontre du débiteur, il perdra ses recours contre la caution. La perte d'un droit préférentiel est donc la première condition de mise en œuvre du bénéfice de subrogation (a).

D'autre part le bénéfice de subrogation est une mesure de protection de la caution. Afin d'éviter à la caution de rencontrer des difficultés accrues de remboursement, il est nécessaire de prévenir son préjudice en ôtant au créancier ses actions contre le garant (2). Cette protection préventive ne peut toutefois excéder celle qu'aurait apportée une réparation a posteriori compensant le préjudice réalisé. La protection de la caution ne peut donc dépasser le risque qu'elle encourt : une adéquation entre la suppression des actions du créancier et le préjudice encouru est nécessaire. Ce préjudice devient donc la deuxième condition de mise en œuvre du bénéfice (b) en raison de son évidente nécessité (3) et malgré le silence de l'article 2037 C. civ. en ce qui le concerne.

a) Perte d'un droit préférentiel

408. — Interprétation, œuvre de la Jurisprudence. Le créancier qui compromet la subrogation de la caution dans les «droits, hypothèques et privilèges» qu'il détient commet une faute sanctionnable. Au-delà de la lettre du texte, les juges ont saisi la nécessité de sanctionner les infractions à la bonne foi contractuelle. En interprétant le sens général de la formule d'une façon homogène, ils ont défini non seulement la notion de droit préférentiel (2°) mais aussi celle de dépérissement de ces droits (1°). A cet édifice ils ont ajouté un élément limitateur en imposant la prise en considération de la date de constitution des droits perdus (3°).

(1) Cf. notamment S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 10 in fine, p. 313.

(2) Sur cette finalité, cf. J. FLOUR : *Cours de droit civil*, Licence, 3ème année, 1965-66, Paris, Les cours de droit, p. 139.

(3) Un auteur a justifié la nécessité du préjudice par «le grand principe de procédure qui est que l'intérêt est la mesure des actions et que, par voie de conséquence..., la caution ne peut être délivrée... qu'à la condition d'éprouver [un préjudice]». R. LE BALLE : *Cours de droit civil*, Licence, 3ème année, 1964-65 ; Paris. Les cours de droit, p. 595. Ce fondement qui se rattache à la seule procédure permet d'expliquer la nécessité du préjudice pour déclencher l'exception ; il ne justifie pas la mesure de la protection à l'étendue du préjudice.

1° - *La notion de déperissement des droits préférentiels*

409. — Extension à la perte de valeur des droits. Le créancier est privé de ses recours lorsque «la subrogation... ne peut plus... s'opérer en faveur de la caution». Des deux interprétations possibles de cette formule, les juges ont choisi la plus large. Le bénéfice de cession d'actions est ouvert à la caution non seulement lorsque le droit préférentiel n'existe plus mais aussi lorsque, bien qu'existant, il a perdu toute valeur. La consistance de l'objet du droit est élevé au même rang que le droit lui-même.

Le déperissement est ainsi constaté lorsque le créancier a laissé le débiteur vendre les arbres donnant sa valeur à la forêt hypothéquée (1), ou lorsque le créancier n'offre qu'un privilège dont l'assiette a été frauduleusement et fictivement majorée (2). La perte de la substance du droit préférentiel réalise son déperissement au même titre que la perte du droit lui-même (3).

2° - *La notion de droit préférentiel*

410. — Absence de définition - Plan. La jurisprudence n'a jamais voulu limiter par une définition nécessairement contraignante la notion décrite par le législateur. Elle n'a donc posé que des limites ponctuelles au sens des termes utilisés au texte. La doctrine lui a emboîté le pas dans cette démarche empirique et les études concernant le bénéfice de cession d'actions fourmillent d'exemples de droits préférentiels retenus ou rejetés par les tribunaux durant un siècle et demi d'application de l'article 2037 C. civ. (4). A une énumération lassante et nécessairement incomplète nous préférons la recherche d'un critère, même ténu, de la notion de droit préférentiel (-1-) suivie d'une illustration à l'aide des exemples jurisprudentiels les plus topiques (-2-).

411. — 1. Critère - Dégager le critère permettant de distinguer les droits ouvrant le recours au bénéfice de ceux qui n'ont pas cet effet n'est pas chose aisée. En pareil cas il est bon de «conduire par ordre [ses] pensées, en commençant

(1) Civ. 23 mai 1833, S. 1833, 1, 574 ; D.P. 1833, 1, 215.

(2) Civ. 9 février 1970, Gaz. Pal. 1970, 1, 201 ; D. 1970, somm. p. 101 ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 461, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(3) Ainsi le créancier nanti sur un fonds commet une faute et laisse dépérir son droit en négligeant d'assurer la conservation du droit au bail (loyers impayés) et du matériel nanti (n'empêchant pas son transfert dans les locaux d'une autre entreprise et lui laissant atteindre un degré d'usure et de péremption tel que sa valeur était devenue quasiment nulle) ; Com. 3 novembre 1975, Bull. civ. 1975, IV, n° 247, p. 206 ; D. 1976, I.R., p. 31 ; J.C.P. 1978, II, 18891 note P. SIMLER, très critique sur ce point (I de la note).

(4) Cf. plus particulièrement les espèces citées par : P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ. 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT n° 332 à 339. — P. SIMLER : *J. Cl. civ.*, art. 2034-2039, n° 215 à 234.

par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusqu'à la connaissance des plus composés» (1).

En appliquant cette règle de méthode il apparaît que les notions d'hypothèque et de privilège (même si l'on n'entend pas ce terme dans son seul sens juridique) font ressortir l'aspect préférentiel du droit du créancier. Tous les privilèges, toutes les hypothèques seront donc nécessairement à classer parmi les droits préférentiels retenus.

La généralité du mot «droit» laisse davantage perplexe. Et c'est à son propos que la limite est la plus difficile à tracer. La jurisprudence ne retient que les droits conférant un avantage au créancier, non pas sur les autres créanciers, mais sur la situation la plus démunie de technique de recouvrement. Tout droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance sera classé parmi les objets de l'exception de subrogation. Peu importe l'origine du droit, contractuel ou légal, seule sa teneur est prise en considération. Encore faut-il qu'il s'agisse vraiment d'un droit, avec l'aspect coercitif que comporte la notion. Toute modalité particulière d'organisation du patrimoine du débiteur qui n'est pas concrétisée par un pouvoir accordé au créancier de la maintenir ne confère par un «droit» susceptible d'ouvrir le recours au bénéfice de subrogation (2).

Le critère comporte donc deux éléments. D'une part il faut qu'il s'agisse vraiment d'un droit ; une expectative ne conférant pas au créancier un pouvoir de contrainte ne suffit pas. D'autre part il faut que ce droit confère une facilité de recouvrement, un avantage supérieur au droit de gage général dont est pourvu tout créancier.

412. — 2. Illustration - L'illustration de la règle retenue est aisée tant les exemples abondent. Puisqu'il faut que le créancier perde un droit muni de son pouvoir coercitif, il n'y aura pas faute de sa part à laisser le débiteur modifier la consistance de son patrimoine lorsque le créancier ne dispose d'aucun pouvoir particulier pour l'en empêcher (3). Puisqu'il faut un droit conférant un avantage

(1) R. DESCARTES : *Discours de la méthode*, deuxième partie, troisième des quatre préceptes que l'auteur prit la «ferme et constante résolution de ne manquer pas une seule fois d'... observer».

(2) Cf. en ce sens : Civ. 27 mars 1974, J.C.P. 1975, II, 18070 note : P. SIMLER. La Cour considère que l'engagement par le débiteur de maintenir dans son patrimoine un immeuble et un fonds de commerce «apportés en garantie de la dette» n'est pas une sûreté susceptible de faire jouer l'article 2037 C. civ. Cet arrêt rejette un pourvoi visant le défaut de réponse à conclusions d'un arrêt de la Cour d'appel d'Angers rendu le 7 juin 1971. L'annotateur, invoquant l'absence de valeur juridique de la solution contenue dans un arrêt rejetant un tel pourvoi (Cf. J. VOULET : *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, J.C.P. 1970, I, 2305), critique vigoureusement cette qualification (I-B de la note).

(3) Com. 3 mai 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 178, p. 174. Le créancier avait accepté que le débiteur vende le seul bien constituant son patrimoine, l'art. 2037 ne peut jouer. — Com. 19 mars 1968, J.C.P. 1968, IV, p. 79, «Les simples modifications intervenues dans la consistance du patrimoine du débiteur» ne permettent pas d'invoquer l'article 2037 «en l'absence de tout droit... particulier». — Paris 2 juin 1965, D. 1966, Somm. p. 25, même motivation.

particulier, il n'y a pas faute pour le créancier à laisser se diluer son droit de gage général (1). En effet, dans une telle hypothèse, le créancier n'aurait en tout état de cause pas pu subroger la caution dans une facilité spéciale de recouvrement. Afin de bien marquer la nécessité d'un avantage particulier dans lequel la caution aurait pu être subrogée, la Cour de cassation impose que le droit perdu soit nettement précisé par le juge (2) ou par la caution qui invoque l'exception de subrogation (3).

Ces conditions sont remplies lorsque le droit perdu était une sûreté au sens classique du terme : sûreté réelle immobilière (4), sûreté réelle mobilière ou sûreté personnelle (5). Elles le sont également lorsque l'avantage spécial, sans constituer une sûreté au sens strict, confère à son titulaire une position de force et une chance accrue de voir sa créance exécutée. Ainsi le créancier qui renonce à un droit de rétention (7), à un droit d'imposer la compensation de créances réciproques (8), à un droit d'obtenir la résolution du contrat (9), s'expose à la sanction prévue par l'article 2037 C. civ.

La notion de droit préférentiel s'entend ainsi largement et il faut approuver l'absence de définition contraignante. L'aspect malléable de la notion lui permet de s'adapter à toute situation nouvelle et d'englober toute perte d'un avantage

(1) Civ. 22 janvier 1849, D.P. 1849, I, 33. — Com. 10 avril 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 134, p. 135 ; Gaz. Pal. 1967, I, 310. — Com. 5 décembre 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 403, p. 370. — Civ. 16 février 1970, Bull. civ. 1970, I, n° 58, p. 47 ; D. 1970, 428 ; Banque 1970, p. 923, obs. X. MARIN. — Com. 2 mars 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 77, p. 73. — Civ. 4 janvier 1973, Bull. civ. 1973, I, n° 1, p. 1.

(2) Com. 10 avril 1967, précité.

(3) Com. 5 décembre 1967, précité.

(4) Ex. Hypothèque : Req. 4 novembre 1896, D.P. 1897, I, 569 note L. GUENEE. — Privilège : Req. 18 mars 1901, S. 1903, I, 137, note A. WAHL.

(5) Gage sans dépossession : Com. 14 janvier 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 19, p. 19. — Com. 24 avril 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 116, p. 117. — Nantissement de fonds de commerce : Com. 3 novembre 1975, Bull. civ. 1975, IV, n° 247, p. 206 ; D. 1976, I.R. p. 31 (le créancier avait laissé le droit de bail se consumer et le matériel être transféré ou se déprécier).

(6) Solidarité passive : Com. 19 mars 1962, D. 1962, 505. — Cautionnement : Civ. 13 juin 1939, D.H. 1939, 417 ; Rec. Penant 1946, p. 48, note P. VOIRIN. — Rapp. Com. 22 juin 1970, Bull. civ. 1970, IV, n° 210, p. 183 (les cautionnements n'avaient pas été perdus et l'art. 2037 n'a pas eu à s'appliquer).

(7) Civ. 8 juillet 1913, D. 1914, I, 241. — Civ. 27 novembre 1973, Bull. civ. 1973, I, n° 322, p. 285 ; J.C.P. 1974, IV, p. 12 ; D. 1974, I.R. p. 37.

(8) Riom 7 octobre 1960, D. 1962, 2, 479 note A. HONORAT. — Adde, en faveur de l'application de l'article 2037 C. civ. à la renonciation à la compensation acquise : P. DRAKIDIS : *Les effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise*, Rev. trim. dr. civ. 1955, n° 15, p. 247. — R. MENDEGRIS : *La nature juridique de la compensation*, Thèse, Grenoble 1967, L.G.D.J. 1969, n° 112, p. 147.

(9) Com. 7 octobre 1968, Bull. civ. 1968, III, n° 252, p. 226. — Civ. 12 novembre 1974, Bull. civ. 1974, III, p. 312 ; J.C.P. 1976, éd.N, II, 18250, note H.T. ; Rev. Loy, 1975, p. 127 ; Quot. Jur. 12 juillet 1975.

que les contractants auraient créé au nom de la liberté des conventions (1). La notion de droit préférentiel est donc illimitée dans son contenu ; un tri doit cependant être effectué parmi les différents droits en fonction de la considération que la caution a pu leur accorder.

3° - La date de constitution des droits préférentiels

413. — Interprétation des solutions jurisprudentielles. Certains arrêts ont maladroitement formulé une limite à la prise en considération des droits préférentiels perdus. Ces décisions imposaient que les garanties existent antérieurement à la date de l'engagement de la caution (2). A les suivre, aucune sûreté constituée postérieurement à la date du cautionnement ne peut entraîner, lors de sa perte, l'application de l'article 2037 C. civ. Ainsi formulée et entendue, une telle limitation ne peut pas s'expliquer. Aussi la controverse fut-elle vive en doctrine et n'est-elle pas encore éteinte (3).

En réalité l'idée était différente et elle fut précisée par des décisions récentes qui confèrent à la position jurisprudentielle une indéniable valeur. Revenant sur la formulation première, la Cour de cassation exige seulement que les sûretés aient déterminé la caution à contracter ; des cautions qui reprochaient au créancier de ne pas avoir exigé les garanties que la loi lui donnait la faculté de demander se sont vues répondre qu'«au moment où est intervenu l'engagement des cautions, ces sûretés n'étaient pas constituées, et qu'ainsi cet engagement n'a pas été déterminé par la considération qu'au cas où les cautions payeraient la dette, elles seraient subrogées dans les droits du créancier à la sûreté promise» (4). Les périphrases cauteleuses des rédacteurs de l'arrêt prouvent leur désir de traduire une situation de pur fait sans s'en remettre à des formules pré-établies et amphibologiques. La Cour de cassation revint d'ailleurs ultérieurement sur cette condition et ajouta à la formule citée.

(1) Cette même liberté est parfois utilisée pour renforcer le bénéfice de subrogation en prévoyant que la caution poursuivie sera déchargée si le créancier a libéré l'un quelconque des cofidajusseurs. Le droit préférentiel perdu est ici le cautionnement. Cf. la formule de «Cautionnement conditionnel par plusieurs» LAINEY-LECOURT : *Formulaire d'actes sous-seings privés*, 1972, V° Cautionnement, formule n° 1, p. 169, in principio, 2° alinéa.

(2) Civ. 14 janvier 1831, S. 1831, 1, 97. — Civ. 27 novembre 1861, D. 1861, 1, 470 ; S. 1862, 1, 130. — Civ. 5 octobre 1964 (3 arrêts), J.C.P. 1965, II, 13979 ; D. 1965, 42 ; Gaz. Pal. 1964, 2, 446 ; Banque 1965, p. 121 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344, obs. J. CHEVALLIER.

(3) Cf. notamment S. BETANT-ROBET, art. précité n° 47 et s., p. 328 et s., qui critique vivement la jurisprudence et P. SIMLER, *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, n° 21 et note 18, qui désapprouve cette attitude.

(4) Com. 26 juin 1963, Bull. civ. 1963, III, n° 333, p. 279. Cet arrêt poursuit cependant en reprenant la formule ancienne : «la constitution des warrants... n'existait pas au moment où l'acte de cautionnement est intervenu». Ce retour aux errements anciens démontre à l'envie que la genèse de la condition de date fut laborieuse.

En l'état actuel de la jurisprudence, il apparaît que seuls sont retenus les droits préférentiels que la caution aurait pu prendre en considération :

- parce qu'ils existaient au jour de son engagement ;
- parce qu'elle pouvait «normalement croire» (1) ou «légitimement croire» (2) que les créanciers les constitueraient ;
- parce que le créancier s'était engagé, expressément ou tacitement, à les constituer (3) ;
- parce qu'ils «existaient potentiellement dès la conclusion du cautionnement» (4).

Des droits préférentiels futurs peuvent donc être garantis par le bénéfice de subrogation. Il suffit que la caution ait compté sur une diligence normale du créancier. Les droits préférentiels que la loi attache à certaines situations font donc partie des droits protégés, alors même qu'ils n'existaient pas lors du cautionnement et que le créancier n'avait pris aucun engagement à leur sujet (puisqu'il n'imaginait même pas en être titulaire un jour) (5). La vigilance normale d'un créancier honnête entre donc dans les motifs légitimes de la caution. Si cette vigilance est écartée par le créancier, notamment parce que la constitution des sûretés est laissée «à sa discrétion» (6) ou parce qu'il ressort des circonstances du contrat qu'il ne s'est pas engagé à les exiger (7), la caution ne peut invoquer le bénéfice de subrogation. L'élément déterminant est donc la possibilité que la caution a eue de compter sur les sûretés et non pas tellement la date de ces sûretés. Bien sûr les droits préférentiels antérieurs au cautionnement

(1) Civ. 9 février 1970, Gaz. Pal. 1970, 1, 201 ; Rev. trim. dr. com. 1970, p. 461, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(2) Com. 20 juillet 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 259, p. 232 ; cet arrêt a eu les honneurs d'un bref commentaire dans les rapports de la Cour de cassation (année 1973-74, p. 65), ce qui prouve l'importance que la haute juridiction attache à la solution qu'il contient.

(3) Civ. 21 novembre 1934, S. 1935, 1, 305 ; D.H. 1935, 2 ; Gaz. Pal. 1935, 1, 176. — Req. 4 mai 1937, Bull. civ. 1937, 1, 190. — Com. 5 janvier 1957, Bull. civ. 1957, III, n° 7, p. 6. — Com. 31 janvier 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 54, p. 48. — Com. 27 juin 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 263, p. 254. — Com. 7 octobre 1968, Bull. civ. 1968, IV, n° 252, p. 226.

(4) Civ. 8 juillet 1913, D. 1914, 1, 241 ; S. 1914, 1, 365.

(5) Cf. toutes les décisions citées supra à propos du droit de rétention (note 7, p. 518), du droit à compensation (note 8, p. 518) et du droit de demander la résolution (note 9, p. 518).

(6) Civ. 27 février 1968, Bull. civ. 1968, I, n° 81, p. 64 ; J.C.P. 1968, IV, p. 58.

(7) Civ. 27 mars 1974, J.C.P. 1975, II, 18070, note critique P. SIMLER (spécialement I-B) ; Rec. gén. lois jur. (Rep. Comaille) 1976, p. 28 obs. NICOLAS-JACOB, reprenant la critique de P. SIMLER. — Adde, Com. 21 février 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 54, pp. 47-48, Gaz. Pal. 1977, 1, Som., p. 190 ; D. 1977, I.R., p. 468 ; J.C.P. 1977, IV, p. 102 (bénéfice refusé car, bien que le créancier n'ait pas constitué de sûreté judiciaire conservatoire, il n'apparaissait pas que la caution «pouvait attendre que la banque prit d'autres garanties»). — Civ. 16 novembre 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 425, p. 337 ; J.C.P. 1978, IV, p. 18 ; D. 1978, I.R., p. 440 (bénéfice refusé car ne joue «que si les garanties existaient antérieurement au contrat de cautionnement ou si le créancier s'était engagé à les prendre»).

sont ceux auxquels la référence est la plus aisée. Toutefois ils ne déterminent pas nécessairement l'engagement de la caution et il est des hypothèses dans lesquelles celle-ci « n'entendait pas subordonner son consentement à l'existence des garanties stipulées en faveur du créancier » (1).

Interprétant ainsi l'exigence prétorienne, la construction jurisprudentielle élevée autour du texte de l'article 2037 C. civ. devient plus cohérente. Le même phénomène peut être constaté à propos de la deuxième condition, l'existence d'un préjudice.

b) La réalisation d'un préjudice

414. — Exigence et utilité. En dehors de toute prescription de l'article 2037 C. civ., les tribunaux ont ajouté une condition à la mise en œuvre du bénéfice de subrogation : le préjudice risqué par la caution. La nécessité d'un tel préjudice (1^o) accroît le caractère protecteur et préventif du bénéfice de subrogation. L'influence de ce préjudice ne se limite pas à cet apport général et se ramifie en diverses utilités (2^o).

1^o - La nécessité du préjudice

415. — Précisions. Dès les premières applications de l'article 2037 C. civ., l'exigence d'un préjudice est apparue (2). Il semble cependant qu'elle ait été liée à la nécessité procédurale d'un intérêt pour agir. Quelle qu'en soit la raison, la position des tribunaux, et surtout de la Cour de cassation, ne varia plus. Le bénéfice de subrogation n'est accordé que s'il peut prévenir l'apparition d'un préjudice pour la caution (3).

(1) Formule identiquement reproduite dans : Civ. 27 octobre 1969, Bull. civ. 1969, I, n° 313, p. 249 ; J.C.P. 1969, IV, p. 288. — et Paris 5 juillet 1972 ; Banque 1972, p. 1043, obs. L.M. MARTIN. La caution avait chaque fois renoncé au bénéfice de l'article 2037 C. civ.

(2) Req. 22 novembre 1825 : *Dalloz Jur. gén.*, V^o CAUTIONNEMENT n° 355 ; le motif invoqué était pour le moins discutable : « Attendu que le résiliement du bail, loin d'avoir préjudicié [à la caution] l'avait affranchie, pour les années qui étaient encore à expirer, de la garantie du paiement des fermages ».

(3) Req. 8 mai 1850, S. 1850, I, 597 ; D. 1850, I, 158. — Civ. 4 août 1873, D.P. 1873, I, 402. — Civ. 19 janvier 1863, S. 1863, I, 187 ; D. 1863, I, 86. — Civ. 2 février 1886, S. 1887, I, 5 ; D. 1886, I, 233. — Req. 4 novembre 1896, D.P. 1897, I, 569 ; S. 1900, I, 509. — Civ. 9 novembre 1914, D. 1917, I, 179. — Com. 21 juillet 1964, Bull. civ. 1964, III, n° 390, p. 347 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344, obs. J. CHEVALIER. — Com. 8 mai 1967, Bull. civ. 1967, III, n° 185, p. 179 ; Rev. trim. dr. com. 1967, p. 1106, obs. J. BECQUE et M. CABRILLAC. — Civ. 3 décembre 1974, D. 1975, inf. rap. p. 42 ; J.C.P. 1975, IV, p. 26. — Montpellier (1ère Ch.) 6 juin 1969. Caracci c/S.A. Crédico (inédit). — Montpellier (1ère Ch.) 11 février 1971, Miro c/Monestier et Garreau (inédit).

La nécessité d'un préjudice est donc certaine. Encore faut-il que ce préjudice découle de la perte d'un droit préférentiel, ceci afin de parer aux réclamations des cautions dont le préjudice résulte de la seule insolvabilité du débiteur. De même ce préjudice doit résulter du fait du créancier. Absence de préjudice et absence de faute sont très souvent combinées et les juridictions statuant sur des espèces de ce genre ne manquent pas de le relever (1). L'influence du préjudice sur le bénéfice de cession d'actions n'en est que plus grande.

2° - *L'influence du préjudice*

416. — Absolution d'une faute en cas d'absence de préjudice. Cette influence est double : d'une part l'exigence du préjudice permet au créancier d'agir sur les sûretés sans risquer la perte de ses recours contre la caution au moindre faux-pas ; d'autre part elle permet la mesure de la décharge de la caution.

Préjudice et faute sont liés au point que de leur imbrication va naître une limitation saine et bienfaisante du bénéfice de subrogation. Le créancier prudent qui s'est entouré de sûretés et garanties avant de s'engager compte trouver en elles une sécurité accrue et surtout une « impunité pour ses propres défaillances » (2). Sa vigilance peut ainsi se relâcher, garanti qu'il est de trouver un accessoire sur lequel exécuter sa créance.

Lorsque, pour diverses raisons dont surtout les défaillances du débiteur, le créancier s'inquiète de récupérer son dû, il est normal qu'il fasse porter son effort sur les biens donnés en garantie par ce même débiteur. La réalisation des sûretés réelles en première opération laisse la caution en paix et lui bénéficie donc indirectement. Afin de favoriser une telle démarche de la part du créancier il faut surtout éviter que sa moindre action puisse ultérieurement être invoquée par la caution, au titre de l'impossibilité de subrogation, pour se dégager.

Le créancier doit pouvoir garder les mains libres, pourvu qu'il agisse honnêtement et de bonne foi ; l'exigence d'un préjudice concourt à cette fin. Que le créancier réalise fautivement la sûreté réelle aux meilleures conditions (3), qu'il abandonne des sûretés sans valeur (4), qu'il n'effectue pas les opérations

(1) Cf. en ce sens, P. SIMLER op. cit., n° 285 et les décisions citées ; et P. JESTAZ, n° 360 : « A y réfléchir bien, la faute et le préjudice sont étroitement liés en la matière au point que la première est parfois absorbée par le second ».

(2) T. IVAINER : note au Dalloz 1973, p. 317, 2^e col. in principio.

(3) Civ. 2 février 1886, D. 1886, 1, 233 ; S. 1887, 1, 5, pour une hypothèque payée avec le prix de vente de l'immeuble sans que la procédure de purge soit appliquée, ce qui aurait pu constituer une faute. — Civ. 2 décembre 1903, D. 1905, 1, 9, note approbatrice L. GUENEE, gage vendu amiablement « à sa véritable valeur ». — Com. 21 juillet 1964, Bull. civ. 1964, III, n° 390, p. 347 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344, obs. J. CHEVALLIER ; « gage réalisé amiablement à prix très avantageux ».

(4) Civ. 19 janvier 1863, S. 1863, 1, 187 ; D.P. 1863, 1, 86, pour une hypothèque primée par d'autres plus anciennes (adde les décisions citées pour des solutions identiques par P. SIMLER, op. cit., n° 284). — Montpellier (1^{ère} Ch.) 11 février 1971 : Miro c/ Monestier et Garreau (inédit), pour une hypothèque non inscrite par le créancier mais qui était inefficace car d'un montant très inférieur aux sommes dûes.

nécessaires à la bonne conservation de ses droits et de ceux de la caution (1), toutes ces fautes sont absoutes par l'absence de préjudice pour la caution. L'aspect protecteur du bénéfice de subrogation prend ici le pas sur l'aspect sanctionnateur. Cette considération vaut également pour la seconde influence du préjudice.

417. — Mesure de la décharge de la caution. La deuxième influence du préjudice, qui n'est pas la moindre, est de servir de mesure à la décharge de la caution. La jurisprudence a depuis longtemps exigé cette proportionnalité de la libération au dommage (2). La doctrine l'approuve de façon générale (3) mais justifie de façons très divergentes cette exigence. Certains vont même jusqu'à la poser comme un axiome que l'on renonce à démontrer (4).

La corrélation entre préjudice et décharge de la caution s'explique selon nous par la dualité des buts du bénéfice. Sanction du créancier qu'il prive de ses droits, il est aussi une protection préventive pour la caution. Le bénéfice de subrogation a donc pour but d'éviter un préjudice : il est normal que son efficacité soit limitée à l'obtention de ce résultat. La déchéance du créancier est restreinte aux risques qu'elle évite pour la caution. Cette influence féconde du préjudice participe d'un fondement général du bénéfice de subrogation que l'analyse de cette institution révélera.

(1) Civ. 3 décembre 1974, D. 1974, inf. rap. p. 42 ; J.C.P. 1975, IV, p. 26 ; Gaz. Pal. 1975, 5, 1, Som. p. 17. Le créancier n'avait pas averti la caution de la défaillance du débiteur (faute), mais l'action de la caution n'aurait pu avoir aucune efficacité (absence de préjudice). — Paris 31 octobre 1950, D. 1951, Somm. p. 10 et Montpellier (1ère Ch.) 6 juin 1969, Carraci c/S.A. Crédico (inédit). Le créancier n'avait pas avisé la caution de la vente du gage (faute), mais l'intervention de la caution eut été sans effet (absence de préjudice). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par : Com. 1er mars 1971, J.C.P. 1971, IV, p. 28 ; Banque 1971, p. 732, obs. X. MARIN.

(2) Civ. 23 juillet 1883, D.P. 1884, 1, 180 ; S. 1885, 1, 171. — Civ. 9 novembre 1914, D.P. 1917, 1, 171. — Civ. 13 juin 1939, D.H. 1939, 417 ; Gaz. Pal. 1939, 2, 290 ; Rec. PENANT 1946, p. 48, note P. VOIRIN. — Civ. 3 décembre 1941, J.C.P. 1942, II, 1790 ; D.A. 1942, 49 ; S. 1942, 1, 8.

(3) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1182, p. 621 et les nombreux auteurs cités dans la note 5. — C. BEUDANT par P. VOIRIN, t. 13, 2^e ed°, n° 106, pp. 111 et 112. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1561, pp. 1008 et 1009. — B. LENFANT : *Le domaine du cautionnement en droit commercial*, Thèse, Paris 1959, dactyl., p. 48. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 84, p. 344. — L. GUENEE : note au Dalloz 1905, pp. 9 et 10 précitée. — P. VOIRIN : note au recueil PENANT précitée, II, p. 51.

(4) P. SIMLER : op. cit. n° 291 : « il faut poser en principe que la caution ne peut être déchargée de son obligation en vertu de l'article 2037 que dans la mesure du préjudice qu'elle subit ». Cette attitude s'explique par l'incompatibilité apparemment entre l'influence limitatrice du préjudice et le fondement proposé par cet auteur pour le bénéfice de subrogation.

Paragraphe 2

ANALYSE

418. — Pléthore des tentatives et insuffisance des explications. Le législateur français ne fournit que rarement les éléments de la nature juridique ou du fondement des institutions qu'il met sur pied. Le bénéfice de subrogation ne fait pas exception à la norme et il appartient donc à l'interprète de rechercher le mécanisme et le fondement de la notion afin d'en assurer l'homogénéité.

Les tentatives ont été nombreuses et «il existe à peu près autant d'explications théoriques de la règle de l'article 2037 que d'auteurs s'étant penchés sur la question» (1). Les critiques vont de pair avec les constructions et fleurissent sous la plume des polémistes ou s'amoncellent sous celles des compilateurs. De cette richesse ne paraît toutefois pas jaillir la vérité, ainsi que l'établira l'exposé des théories rejetées et de leurs critiques (A). Après avoir fait table rase de ces propositions insatisfaisantes, nous développerons la thèse que nous soutenons (B).

A — Théories rejetées

419. — Classement. Le nombre et la diversité des théories en présence imposent une classification. Au risque de schématiser les conceptions évoquées, nous les regrouperons en fonction de l'élément principal du fondement qu'elles exposent. Quatre groupes se dégagent alors, animés par un nombre plus ou moins grand d'éléments. Un seul rejette l'idée générale de subrogation : TROP LONG qui propose de lier le bénéfice de cession d'actions à celui de discussion (a). L'ensemble des auteurs admet en revanche que c'est dans la notion de subrogation que réside l'élément générateur de l'exception du même nom. L'accord se fait sur la volonté de favoriser cette subrogation mais se défait sur le choix de la technique permettant de sanctionner le défaut de subrogation. Trois notions fournissent le substratum de ramifications plus élaborées : les notions de responsabilité civile (b), de cause et de condition (c) et les principes généraux des contrats (d).

(1) P. SIMLER : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, n° 9.

a) Bénéfice de subrogation expliqué par le bénéfice de discussion

1° - *Exposé*

420. — Lorsque TROPLONG rédigea son explication du Code civil, la vénération pour ce monument juridique était toujours aussi vive. Les auteurs qui s'étaient déjà appliqués à faire l'exégèse des différents articles n'avaient expliqué l'article 2037 du Code que par les notions vagues d'humanité, d'équité. La caution aurait un droit quasi naturel à la subrogation dans les actions du créancier (1). La pauvreté d'une telle justification ne trouvait d'excuse que dans le silence des travaux préparatoires quant aux raisons poussant à accorder l'exception de subrogation.

TROPLONG rejeta la facilité et résolut de donner à cette exception des racines juridiques qui lui attribuent un «supplément de force» (2). Refusant de voir dans l'article 2037 une simple règle de morale visant à préserver la subrogation, il déploya une argumentation virulente pour justifier l'exception de cession d'actions par le bénéfice de discussion (3). Au terme d'un exposé touffu et véhément, il apparaît que les bénéfices de discussion et de cession d'actions furent conférés en même temps par JUSTINIEN au fidejusseur. Par tradition l'un et l'autre sont liés, et la caution ne peut critiquer l'attitude du créancier relativement à la conservation des sûretés que si elle peut le renvoyer à discuter d'abord le débiteur dans ses biens. TROPLONG invoque en sa faveur l'autorité de CASAREGIS et de DUPRET (4), brocardant pour leur ignorance POTHIER, TREILHARD et les rédacteurs du Code civil.

2° - *Critique*

421. — La position du premier président de la Cour de cassation suscita une levée de boucliers en doctrine. L'unanimité se fit contre lui et la vivacité des critiques atteignit celle du ton employé par TROPLONG lui-même (5). LAURENT développe et anime cette critique dans le style imagé qui lui est habituel. Ses formules lapidaires pour critiquer la méthode employée, ses

(1) Cf. par exemple : J.M. BOILEUX : *Commentaire sur le Code civil*, 4^e ed°, t. 3, Paris, JOUBERT, 1838 ; art. 2037, p. 571 : «il ne serait pas juste... de laisser au créancier la faculté de priver la caution des sûretés...».

(2) TROPLONG : *Le droit civil expliqué*, t. 17. *Du cautionnement et des transactions*, Paris, HINGRAY 1846, n° 538 in fine, p. 479.

(3) Op. cit. n° 533 in fine, pp. 471 et 472 ; n° 534 à 549, pp. 472 à 492.

(4) Dans son article sur *Le bénéfice cedendarum actionum* à la Revue Etrangère de M. FELIX, Juin 1845, t. 2, pp. 401 et 505.

(5) Pour une analyse d'une merveilleuse finesse du style de TROPLONG, Cf. J. CHARMONT et A. CHAUSSE : *Les interprètes du Code civil*, Livre du Centenaire du Code civil, Paris, imprimerie nationale, 1904, t. 1, pp. 129 à 168, spécialement pp. 150 et 151. Ces auteurs constatent déjà au début du siècle le grand discrédit pesant sur l'œuvre et son auteur (ibidem).

expressions moqueuses à l'encontre des propos de TROPLONG et de la valeur de leur auteur, ses remarques acerbes mais parfois savoureuses sur la solution critiquée font merveille (1). BARTIN reprit en termes moins outranciers les mêmes arguments dans la cinquième édition du tome sixième du Cours de droit civil français d'AUBRY et RAU (2). La position de TROPLONG fut donc «combattue et réfutée si souvent que l'on peut affirmer qu'elle est ruinée dans ses fondements» (3).

b) Bénéfice de subrogation expliqué par la responsabilité civile

422. — **Evolution.** Retenant le double rôle de l'exception de subrogation qui protège la caution et sanctionne le créancier pour sa faute, nombre d'auteurs et certains arrêts de la Cour de cassation l'ont fondé sur l'idée de responsabilité civile. Les buts autant que les régimes de ces deux notions semblent en effet les rapprocher l'un de l'autre (4).

L'assimilation était tentante : les juristes de la fin du XIX^{ème} siècle, promoteurs du prodigieux essor de la théorie de la responsabilité civile dans le droit français, la réalisèrent. L'article 2037 C. civ. ne serait donc qu'une application particulière du principe plus général de la responsabilité pour faute. Certains ne retiennent que l'idée générale de responsabilité, sans préciser la nature de celle-ci (5). D'autres penchent soit pour la responsabilité quasi-délictuelle (1^o), soit pour la responsabilité contractuelle (2^o).

1^o Responsabilité quasi-délictuelle

α - Exposé

423. — Le recours de cette responsabilité apparaît très tôt en jurisprudence, où dès 1836 la Cour de cassation constate «que l'article 2037... n'est

(1) F. LAURENT : *Principes de droit civil français*, 4^e ed^o, t. 28, 1887, n^o 304 et 305, pp. 299 à 305.

(2) Op. cit., t. 6, § 429, note 19, pp. 246, 247 et 248.

(3) F. LAURENT : op. cit., n^o 304, p. 299.

(4) Pour une étude de la responsabilité civile sous son double rôle de protection et de sanction : Cf. B. STARCK : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse, Paris 1947 (préface M. PICARD). — Adde du même auteur : *Droit civil, Obligations*, Libr. techniques, 1972, n^o 58 à 90, pp. 34 à 44.

(5) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 4, n^o 1174, p. 611 qui considèrent que «l'article 2037 alloue... à la caution, dans une forme spéciale, des dommages-intérêts». — Adde : J. FLOUR : *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, 1965-1966, Paris : Les Cours de droit, p. 139.

au fond que l'application des articles 1382 et 1383 du Code...» (1). Nombre d'arrêts reprendront ensuite la formule (2) ; ils seront approuvés par quelques auteurs, surtout des annotateurs (3). L'affinement des conceptions en matière de responsabilité civile fit cependant apparaître une faille dirimante.

β - Critique

424. — La principale critique consiste dans l'incompatibilité d'une telle responsabilité avec les relations contractuelles liant le créancier et la caution : la faute du créancier apparaît à l'occasion du contrat de cautionnement, le préjudice de la caution naît de son inexécution. Trouvant sa source dans des rapports contractuels, la responsabilité du créancier ne peut que revêtir la même nature. La cause originelle de la situation préjudiciable réside bien dans un contrat. Cela suffit-il pour écarter tout recours à la responsabilité quasi-délictuelle ?

Il est des exemples fréquents en jurisprudence dans lesquels la responsabilité qui naît non pas d'un contrat mais à l'occasion d'un contrat est une responsabilité délictuelle (4). La raison en est qu'aucune obligation contractuelle

(1) Civ. 17 août 1836, Jur. gén. Dalloz, V^o CAUTIONNEMENT, n^o 334, 3^{ème} espèce, p. 598, 2^e col. in principio ; S. 1836, I, 632 ; D.P. 1836, I, 424.

(2) Req. 29 mars 1838, Journal du Palais, t. II, 1838, p. 132. — Req. 20 mars 1843, D.P. 1843, I, 193 ; S. 1843, I, 455. — Civ. 19 janvier 1863, S. 1863, I, 187 ; D.P. 1863, I, 86. Req. 4 novembre 1896, D.P. 1897, I, 569, note L. GUENEE ; S. 1900, I, 509. — On cite fréquemment en ce sens : Civ. 5 octobre 1964, D. 1965, 42 ; J.C.P. 1965, II, 13979 ; Gaz. Pal. 1964, 2, 446 ; Banque 1965, p. 121 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344, obs. J. CHEVALLIER. Il y a là erreur car cet arrêt, tout au contraire, censure pour d'autres motifs, une décision de la Cour de Rouen qui avait fondé l'octroi du bénéfice de subrogation sur la constatation d'un « délit civil du créancier », mais la Cour de cassation ne reprend absolument pas la même idée.

(3) D.A. PONSOT : *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris, Guilbert 1844, n^o 332, pp. 416 et 417. — J.E. LABBE : note au Sirey 1887, I, 5, sous Civ. 2 février 1886 (2 arrêts). — L. GUENEE : note au Dalloz Périodique 1897, I, 569, sous Req. 4 novembre 1896. — Adde : J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution*, Thèse, Lille 1963, Sirey 1964, p. 136, qui évoque ce fondement.

(4) a) Pour les hypothèses de chute dans un magasin (responsabilité à l'occasion du contrat de vente) Cf. parmi une abondante jurisprudence : Civ. 9 mars 1972, Bull. civ. 1972, II, n^o 73 ; Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 352, obs. G. DURRY. — Rennes 21 novembre 1972, D. 1973, 640 et la note fort complète de M.E. ROUJOU de BOUBÉE.

b) Pour les hypothèses d'accident en marge des contrats de transports, Cf. B. STARCK : *Droit civil, Obligations* n^o 1796 à 1806, p. 538 à 542. — Note R. RODIERE : J.C.P. 1974, II, 17618 sous Trib. gr. inst. Paris 19 décembre 1972 et les références citées.

c) Pour les hypothèses de dommage né dans un groupe de contrats réalisés par des ventes successives et dans lequel l'action directe de la victime contre le vendeur originaire ou le fabricant est de nature quasi-délictuelle. — G. BONET et B. GROSS : *La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux*, J.C.P. 1974, I, n^o 2602 (8 p.), n^o 18 à 22. — H., L. et J. MAZEAUD : *Leçons de droit civil*, t. 3, 2^e vol., 4^e ed^o, par M. de JUGLART, 1974, n^o 985-2, pp. 253 et 254. — Civ. 5 décembre 1972, D. 1973, 401, note J. MAZEAUD. — Civ. 18 avril 1972, Bull. civ. 1972, III, n^o 233, p. 167. — Com. 27 février 1973, D. 1974, 130, note P. MALINVAUD ; J.C.P. 1973, II, 17445, note R. SAVATIER ; Gaz. Pal. 1973, 2, 737, note A. PLANCQUEEL.

déterminée ne pèse encore sur les parties au litige. Le principe posé par la Cour de cassation en 1922 et aux termes duquel «les dispositions des articles 1382 et suivants ne peuvent en principe, être invoquées pour le règlement d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation contractuelle» (1) est sauf. En l'absence d'obligation précise née du contrat, la responsabilité quasi-délictuelle peut jouer.

Le sort de la théorie reposant sur la faute quasi-délictuelle du créancier tient donc à la présence ou à l'absence d'obligation contractuelle pesant sur lui. Or l'on sait que cette question est discutée et que la controverse est vive. Encore fallait-il noter que la responsabilité quasi-délictuelle, si villipendée à l'heure actuelle et repoussée avec dédain en matière de bénéfice de cession d'actions, peut cependant s'y imposer. Ses chances de succès sont accrues par la critique de l'existence d'une obligation contractuelle du créancier.

2° - Responsabilité contractuelle

α - Exposé

425. — L'idée a été souvent reprise d'une responsabilité du créancier fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle plus ou moins formulée de conserver les droits préférentiels. Nombre d'auteurs y adhèrent (2). L'engagement du créancier de conserver les droits préférentiels qu'il détient contre le débiteur, et qui est alors tacite, constitue une obligation principale ou accessoire de moyens. Se conduisant en bon père de famille ce créancier doit préserver les recours de la caution comme il le ferait des siens propres. Toute faute dans l'exécution de son obligation déclenche la sanction de sa responsabilité.

Une telle explication est certes séduisante mais elle entraîne la critique de faire peser sur le créancier une obligation dont l'origine est confuse et incertaine. Pour certains auteurs cette obligation serait propre au cautionnement et trouverait son fondement dans le caractère accessoire de l'engagement ; pour d'autres elle serait au contraire générale à tous les contrats et reposerait sur la notion même de subrogation.

(1) Civ. 11 janvier 1922. D.P. 1922, 1, 6.

(2) A. WAHL : note au Sirey 1903, 1, 137 sous Req. 18 mars 1901 ; note au Sirey 1904, 1, 145 sous Req. 25 juin 1902 ; note au Sirey 1911, 1, 529. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n^o 102, p. 107. — P. VOIRIN : note au Recueil PENANT, 1946, J., p. 48 art. 6044 sous Civ. 13 juin 1939. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n^o 1560, p. 1005. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse, Paris 1953, L.G.D.J. 1954, § 207, p. 242. — B. LENFANT : *Le domaine du cautionnement en droit commercial*, Thèse, Paris 1959, dactyl., pp. 43 et 44. — D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^{ère} éd., V^o CAUTIONNEMENT n^o 263. — J. CHEVALLIER : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344, n^o 6 sur Civ. 5 octobre 1964 (2^e arrêt commenté). — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed^o, V^o CAUTIONNEMENT n^o 323 (mais avec circonspection). — J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, Thèse, Aix 1976, Paris, L.G.D.J., 1979, n^o 630 à 632, pp. 684 à 687.

β - Critique

426. — Nécessité et dangers d'une obligation. La responsabilité contractuelle ne peut naître que de l'inexécution d'une « certaine promesse contractuelle dont le dommage révèle la violation » (1) et qui puisse constituer l'obligation dont l'existence est nécessaire (2). La reconnaissance d'une obligation contractuelle véritable pesant sur le créancier est donc la pierre angulaire des systèmes proposés.

Il nous semble difficile d'en accepter l'idée en raison des caractères de la notion de sûreté. Toute sûreté a un triple but : augmenter le crédit du débiteur, maintenir à sa valeur nominale le prix de l'obligation (en évitant qu'elle ne soit dépréciée par le risque d'impayé à l'échéance), et conférer au créancier une sécurité dont les incidences seront autant psychologiques que financières. Pour remplir correctement le troisième but nous pensons que la sûreté doit laisser le créancier libre de tout lien ; il lui est impossible d'apporter sécurité et confiance si elle fait peser sur le créancier des obligations d'une importance telle qu'elles contrebalancent celles du garant. La crainte d'une erreur, la possibilité d'une faute déprécieraient une telle sûreté dans l'esprit du bénéficiaire ; la rigueur de la règle juridique irait à l'encontre de la nécessité économique. Une telle opposition conduirait nécessairement à une désaffection du cautionnement telle que celle à laquelle la réforme du Droit suisse de 1948 a conduit.

427. — Impossibilité d'une obligation générale. Il est des hypothèses particulières où le cautionnement peut revêtir, du consentement exprès du créancier, un caractère synallagmatique. Nous avons rencontré certains exemples de cette situation lors de l'étude de la compensation (3). Dans ces espèces, l'emploi du terme obligation pour désigner les charges pesant sur le créancier est justifié.

Une telle qualification est en revanche impossible en ce qui concerne le devoir de conservation des droits préférentiels dont l'article 2037 C. civ. sanctionne le non respect. Si la Cour de cassation a utilisé ce terme (4), c'est de façon isolée et dans une formule négative. Certes le créancier doit adopter une attitude susceptible de ne pas compromettre la subrogation de la caution dans les droits préférentiels ; mais il ne s'agit là que « d'une contrainte... d'ailleurs toute négative et qui... ne suffit pas à conférer un caractère synallagmatique

(1) R. RODIERE : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed^o, V^{is} RESPONSABILITE CONTRACTUELLE, 1975, n^o 7.

(2) Cf. J. BIGOT : *J. Cl. civil*, art. 1146-1155, fasc. I-b (*responsabilité contractuelle - Domaine*), 1971, n^o 61 et 63. — R. RODIERE : op. cit. n^o 13. — Adde : M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN : t. 7, 2^e ed^o, n^o 833, p. 161 et 834, pp. 161 à 163.

(3) Cf. supra la liste des arrêts ayant relevé des obligations spéciales à la charge du créancier, toujours inscrites dans le contrat de cautionnement : n^o 113.

(4) Com. 10 février 1970, Bull. civ. 1970, IV, n^o 48, p. 47 : « Le créancier n'a pas enfreint l'obligation que lui imposait l'article 2037 C. civ., de conserver... la sûreté réelle... ».

au cautionnement» (1). Il est impensable de faire peser sur tous les créanciers une obligation générale de bonne subrogation sans que rien ne l'en avertisse. Au surplus les fondements d'un tel lien juridique font défaut, la notion de bonne foi pouvant justifier un devoir mais non une obligation (2). Le problème se retrouve, en des termes légèrement différents, à propos des théories reposant sur la cause.

c) Bénéfice de subrogation expliqué par la cause ou la condition

428. — Dualité des causes - Plan. S'interrogeant sur les raisons qui poussent la caution à s'engager aux côtés du débiteur, nombre d'auteurs font apparaître l'importance que revêt pour elle l'existence de droits préférentiels dans la main du créancier. La subrogation qu'envisagerait la caution dans ces droits serait la cause de son engagement. Cette cause est entendue par certains au sens de contrepartie et c'est la cause dite objective (1°), par d'autres au sens de mobile et c'est la cause subjective et son prolongement dans la condition (2°).

1° - Cause objective

α - Exposé

429. — L'engagement d'une partie à un contrat synallagmatique se justifie par l'espoir de recevoir la prestation du cocontractant ; certains proposèrent d'adapter ce raisonnement à l'engagement de la caution. Ainsi la caution promettait le paiement parce qu'elle trouverait dans la subrogation aux droits préférentiels du créancier un espoir légitime d'éviter la charge définitive de la dette. Le dépérissement de ces droits entraînerait la disparition de la contrepartie escomptée. La caution pourrait alors invoquer une libération due à l'exception d'inexécution ou à la résolution pour inexécution.

430. — Exception d'inexécution. Un certain nombre d'auteurs classiques traduisent ainsi l'article 2037 C. civ. en une application de l'exception d'inexécution (3). Ils acceptent plus ou moins nettement l'existence d'une obligation à la charge du créancier, affirmant parfois que «le cautionnement revêt dans

(1) D. MARTIN : Note à la Gazette du Palais 1973, 1, pp. 144 à 146 sous Com. 4 octobre 1972, 8 novembre 1972 et 13 novembre 1972, spécialement p. 145, 1ère col.

(2) Cf. infra n° 449 et 450.

(3) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, 3^e ed°, n° 1180, p. 619. — C. AUBRY et C. RAU : t. VI, 6^e ed°, par P. ESMEIN, § 429, note 11-6 ; mais de façon assez ambiguë. — A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e ed°, par L. JULLIOT de la MORANDIERE, Paris, Dalloz 1948, n° 1419, p. 904. — Encore que l'explication proposée s'accorde aussi avec la notion de résolution pour inexécution.

notre Droit un caractère synallagmatique» (1). L'application des règles propres au contrat synallagmatique permettrait donc à la caution de retenir sa prestation.

La proposition pêche toutefois par la nature même de la technique proposée. L'exception d'inexécution est en effet seulement un moyen de contrainte et de garantie (2) ; loin d'entraîner la disparition de l'obligation elle a au contraire pour but «de maintenir... le lien qui unit les obligations» (3). Elle pourrait tout au plus permettre à la caution d'attendre l'exécution par le créancier mais ne peut justifier sa décharge. Sur la même base une autre technique a donc été proposée.

431. — Résolution pour inexécution. En affirmant tout aussi nettement le caractère synallagmatique du cautionnement, il est possible de sanctionner le manquement du créancier par la résolution du contrat (4). Le contrat ainsi disparu justifierait la décharge de la caution.

Cette théorie, reposant sur le postulat d'un cautionnement synallagmatique, offre le flanc à la critique.

β - Critique

432. — Pour justifier l'exception d'inexécution il faut que l'obligation inexécutée soit d'une certaine importance (5). Ce degré peut être atteint par une obligation expressément mise à la charge du créancier par le contrat mais non par une obligation générale et informelle (6). La même règle s'applique pour que joue la résolution pour exécution. Lorsque le contrat ne comporte pas de clause résolutoire le juge est libre de prononcer ou de refuser la résolution ; il apprécie en particulier la gravité de l'inexécution. Or cette gravité dépend

(1) A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : op. et loc. cit.

(2) Cf. J.F. PILLEBOUT : *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Thèse, Paris 1969, L.G.D.J., 1971, n° 229 à 265, pp. 224 à 253.

(3) J.F. PILLEBOUT : Thèse précitée, n° 204, p. 200.

(4) L. JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, t. II, 2^e ed°, 1933, Paris, Sirey, n° 1490, p. 810. — A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULIOT de la MORANDIERE : op. et loc. cit. — R. SAVATIER : *Cours de droit civil*, t. 2, 2^e ed°, Paris L.G.D.J., 1949, n° 893, p. 464. Cet auteur ne donne pas d'autre fondement exprès au bénéfice de subrogation qu'une «longue tradition» ; néanmoins il considère que «le créancier a une obligation de conserver les sûretés».

(5) Soc. 12 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945, 1, 88. — Civ. 26 novembre 1951, Bull. civ. 1951, I, n° 324, p. 253. — Civ. 23 octobre 1963, J.C.P. 1964, II, 13485, note J. MAZEAUD ; D. 1964, 33, note P. VOIRIN. — Civ. 12 mars 1969, Bull. civ. 1969, III, n° 220, p. 168. — G. MARTY et P. RAYNAUD : t. 2, 1^{er} vol. *Obligations*, n° 294, p. 261. — H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, 1^{er} vol. 5^e ed°, n° 1129, p. 1044. — Adde : J.F. PILLEBOUT : *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Thèse précitée, Paris 1969, L.G.D.J., 1971.

(6) C'est ainsi que la Cour de cassation a admis l'exception d'inexécution dans une espèce où la caution ne s'était engagée qu'en contrepartie du retrait de sa plainte par le créancier : Civ. 27 juin 1966, Bull. civ. 1966, I, n° 382, p. 295.

nécessairement de l'importance de l'obligation inexécutée (1). En conséquence seules les obligations qui structurent le contrat au point de déterminer son sort ont une importance suffisante pour justifier une résolution (2). Les juges ont en la matière un pouvoir souverain d'appréciation (3) et jamais ils n'ont considéré comme suffisante une obligation naissant de la bonne foi dans l'exécution des conventions (4) ou encore découlant «des suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent au contrat» (art. 1235 C. civ.). Comme il est impossible d'affirmer que cette obligation résulterait d'un engagement du créancier (5), la proposition aboutit à une impasse. C'est pour l'éviter que les auteurs, abandonnant la cause objective, recherchaient dans la cause subjective le fondement de l'exception de subrogation.

2° - Cause subjective et condition

α - Exposé

433. — Cause impulsive. L'idée d'un engagement de la caution motivée par la contemplation des sûretés supplémentaires qu'a amassées le créancier se retrouve sous la plume de tous les auteurs. L'importance qui est accordée à ce motif dans la conduite présumée de la caution entraîne des qualifications variables. Tantôt on ne considère la contemplation des droits préférentiels que comme secondaire et on ne la retient qu'à titre de fondement très accessoire, tantôt l'on privilégie cette motivation pour en faire la cause déterminante de l'engagement de la caution. Encore est-il possible d'affecter à cette motivation une place plus ou moins grande en jouant sur les concepts de cause et de condition.

Défendant avec finesse et persuasion la notion de cause impulsive et déterminante, Mr. SIGALAS l'applique avec bonheur au droit positif du bénéfice de subrogation pour en faire son fondement unique (6).

(1) C. AUBRY et C. RAU : op. cit. t. 4, 5^e ed^o, par E. BARTIN, considéraient que la résolution ne pouvait être prononcée que pour inexécution d'une obligation «essentielle» (§ 302, p. 126, note 80). Cette exigence a été abandonnée dans la 6^e ed^o (par P. ESMEIN).

(2) Req. 24 mai 1927, Gaz. Pal. 1927, 2, 368. — J. LEBRET : *Suspension et résolution des contrats*, Rev. crit. législ. et jurispr. 1915-1924, p. 581. — R. CASSIN : *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 159 à 180, spécialement n^o 8, pp. 173 et 174.

(3) Civ. 27 novembre 1950, Bull. civ. 1950, I, n^o 237, p. 182 ; Gaz. Pal. 1951, I, 132. — R. CASSIN : art. précité, n^o 8, p. 173.

(4) Ainsi que le proposent pour le cautionnement C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed^o, n^o 102, pp. 107 in fine et 108.

(5) Contra, mais sans aucune justification : L. JOSSERAND : op. cit. n^o 1490, p. 810. — A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT de la MORANDIERE : op. cit. n^o 1419, p. 904.

(6) P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse, Aix 1959, dactyl., n^o 97 à 104, pp. 91 à 98.

Le reproche encouru est qu'une telle théorie fait du désir d'être subrogé dans les sûretés supplémentaires le motif déterminant de l'engagement de la caution. Une telle analyse est difficile à soutenir, d'une part parce qu'elle place au premier rang une motivation qui apparaît, en toute objectivité, comme secondaire et d'autre part parce qu'elle crée un vide béant lorsque la dette principale n'est assortie d'aucune autre sûreté que le cautionnement (1).

C'est pourquoi la Cour de cassation après avoir expressément retenu la notion de cause impulsive et déterminante comme fondement du bénéfice de subrogation (2) a abandonné cette position.

434. — Condition résolutoire. Afin d'expliquer cette évolution jurisprudentielle, et surtout pour parer les critiques concernant la place faite à la contemplation des sûretés, Mr. SIMLER propose d'opérer «un glissement à première vue «léger» du concept de cause à celui de condition» (3). La caution s'engagerait sous la condition (résolutoire) (4) que le créancier la subroge dans ses droits préférentiels.

L'auteur invoque à l'appui de sa théorie l'autorité d'une doctrine qui avait certes eu recours à l'idée de condition (5), mais davantage dans son sens courant que dans celui, juridique, de condition résolutoire ; l'amphibologie du terme permet une telle référence sans la justifier. Par ailleurs cette notion de condition s'avère impuissante à expliquer la totalité du régime que le droit positif octroie au bénéfice de subrogation.

β - Critique

435. — Persistance de la cause et engagement abstrait. Pour faire de l'existence des sûretés l'un des éléments déterminants du consentement de la caution il est nécessaire de la faire entrer dans le champ contractuel (6). Or une telle opération implique un double postulat : la caution doit savoir que la loi la subroge automatiquement dans les droits préférentiels du créancier ; le créancier

(1) Pour une critique serrée de la notion de cause entendue comme fondement de l'exception de subrogation : P. SIMLER : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, n° 12 à 15.

(2) Req. 5 décembre 1843, D. 1844, 1, 58 ; S. 1844, 1, 71. — Req. 13 janvier 1852, 1, 9. — Req. 4 novembre 1896, D. 1897, 1, 569 note L. GUENEE.

(3) P. SIMLER : Chronique précitée n° 18 et les applications n° 19 à 23. L'idée avait été déjà évoquée par cet auteur dans le Jurisclasseur civil, art. 2034-2039, n° 181 en 1974.

(4) Le mot n'est pas employé par l'auteur mais nous ne pensons pas trahir sa pensée en l'utilisant.

(5) L. GUILLOUARD : *Traité de cautionnement et des transactions* : n° 239, p. 270. — G. MARTY et P. RAYNAUD : *Droit civil*, t. 3, n° 562, p. 348. — Adde les auteurs ayant simplement «effleuré» incidemment (sic) l'idée, et que cite Mr. SIMLER, chron. précitée, note 19.

(6) Mr. SIGALAS indique son option en faveur de la théorie d'Henri CAPITANT (Thèse précitée, note 2, p. 91).

doit être informé par la caution de l'importance qu'elle accorde aux droits préférentiels. La réalité pratique est loin de confirmer l'affirmation de telles intentions. Très fréquemment les cautions ignorent l'étendue de leurs droits ; quand bien même la connaîtraient-elles qu'il est des cas où cette subrogation ne présente aucun intérêt. L'épouse qui cautionne l'engagement de son mari, le maître de l'affaire qui cautionne la dette de sa société n'ont pas en vue le recours, subrogatoire ou personnel, contre le débiteur principal. Comment, dans ces hypothèses d'ignorance ou de désintérêt, justifier l'importance accordée aux droits préférentiels, sinon par le jeu de présomption ? Le recours à une telle technique perturbe le raisonnement et révèle une grave contradiction : à la finesse générale de la démarche, à l'individualisation des arguments, il est impossible d'ajouter le jeu perturbateur de présomptions générales et nécessairement imprécises.

La même critique peut s'appliquer à la connaissance que doit avoir le créancier de l'importance que la caution accorde à sa subrogation dans les droits préférentiels. Comment la faire apparaître dans tous les contrats de cautionnement sinon par le recours à une présomption générale ?

La troisième faiblesse de la théorie réside dans la nécessaire acceptation de la notion de persistance de la cause. Cette persistance a été vigoureusement et persuasivement affirmée par CAPITANT : «ce n'est pas seulement au moment de l'accord de volonté qu'intervient l'idée de cause. Son importance se fait sentir tant que le contrat n'est pas entièrement exécuté. En effet l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause» (1). A cette formule répond celle de la Cour de cassation pour qui «il fallait se placer au moment de la formation du contrat pour apprécier l'existence de la cause des obligations qu'il comportait» (2).

Si l'on peut rétorquer que l'adhésion à la théorie d'Henri CAPITANT justifie le refus des errements du droit positif, il faut poursuivre intégralement le raisonnement et aller jusqu'au bout de l'application de la théorie de CAPITANT. Et ici apparaît le dernier élément de critique. CAPITANT, dans son remarquable ouvrage, a consacré une attention particulière à la cause de cautionnement. Et cette cause, il la trouve non pas dans les relations entre créancier et caution, mais dans le rapport juridique qui unit la caution au débiteur (3). Ce n'est pas la dette principale et ses accessoires qui constituent le motif déterminant de la caution mais le fait «de rendre service au débiteur, ou... tout autre cause qu'il faut en principe chercher dans une relation juridique existant entre le débiteur et la caution» (5).

(1) H. CAPITANT : *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*. Paris, Dalloz, 1923, n° 7, p. 16. — Adde les explications subséquentes, pp. 17 à 19.

(2) Civ. 8 mai 1974, D. 1975, 305, note C. LARROUMET. A noter que cette formule, extraite d'un arrêt de rejet, est qualifiée de fallacieuse par l'annotateur (note p. 308, 1ère col. in fine) au regard des circonstances de l'espèce.

(3) Op. cit. n° 31, 1^o/, p. 64.

(4) Op. cit. n° 9, p. 21.

De cette analyse découle pour CAPITANT une conséquence fondamentale : le cautionnement est un engagement abstrait (1). En conséquence le créancier ne pourra se voir opposer aucune exception reposant sur la cause (fausseté, absence, disparition, illicéité ou immoralité...) (2) : « l'obligation accessoire contractée envers lui par la caution est valable quand bien même elle manquerait de cause » (3). Dans ces conditions, il est impossible d'invoquer la théorie de CAPITANT pour justifier par la notion de cause l'extinction du cautionnement.

436. — Condition et décharge limitée au préjudice. La théorie faisant de la condition résolutoire le support du bénéfice de l'article 2037 C. civ. évite cette critique mais en suscite une autre. Elle est incapable d'expliquer que la libération de la caution soit proportionnelle au préjudice qu'elle pourrait encourir. L'adéquation de la décharge de la caution à son dommage est une constante du droit positif de l'article 2037 C. civ. (4) ; même Mr. SIMLER en reconnaît la réalité (5).

Or l'effet de la condition résolutoire est total ; il ne saurait s'accomoder d'une mesure quelconque. L'obligation conditionnelle disparaît toute entière lorsque l'évènement prévu se réalise. L'article 1183 C. civ. est sur ce point d'une grande netteté : « la condition résolutoire... opère la révocation de l'obligation, et... remet les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé ».

La conciliation de cette destruction complète (6) de l'obligation avec les principes engagés en matière de bénéfice de subrogation est impossible. En acceptant d'évincer l'effet rétroactif de la condition en raison du caractère successif de l'exécution (7), l'on pratique déjà une brèche dans la théorie de la condition. Encore cette brèche peut-elle se justifier par la notion d'équivalence et de satisfaction des parties. Mais rien ne permet de supprimer aussi la généralité de l'effet de la condition résolutoire. La brèche ne peut être agrandie.

A ceci il convient d'ajouter que le déclenchement de l'effet résolutoire de la condition est réalisé par la survenance d'un évènement spécifique : l'impossibilité de subrogation dans les droits préférentiels visés. Cet évènement est envisagé de façon neutre, sans tenir compte de l'origine de l'impossibilité. Cette neutralité ne rend pas compte du droit positif qui interdit la décharge

(1) Op. cit. n° 184, pp. 400 à 402.

(2) Op. cit. n° 9, p. 21.

(3) Op. cit. n° 184, p. 401.

(4) Cf. supra n° 416 et 418.

(5) *J. Cl. civil*, art. 2034-2039, n° 291 et suiv.

(6) C. AUBRY et C. RAU : op. cit. t. 4, 6^e ed^o, par E. BERTIN, vont même jusqu'à écrire à propos des droits réels constitués pendente conditione qu'ils « s'évanouissent après l'accomplissement de la condition », § 302, p. 112.

(7) Pour l'admission de ce principe, cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, op. cit. t. 7, 2^e ed^o, n° 1039, p. 392.

d'une part lorsque l'impossibilité de subrogation est due à un évènement autre que la faute du créancier (1), d'autre part lorsque cette impossibilité est légitimée par un usage efficace des droits préférentiels (2). Dans ces deux cas, la condition telle qu'entendue par Mr. SIMLER est survenue : elle ne peut pourtant pas permettre l'application du bénéfice de subrogation. Les cadres trop rigides de l'institution ne s'accrochent pas de la matière plus malléable du bénéfice de subrogation.

d) Bénéfice de subrogation expliqué par les principes généraux des contrats

1^o - *Exposé*

437. — **Équité.** C'est tout d'abord l'idée d'équité qui est avancée pour expliquer le bénéfice de subrogation. Dès les premiers commentaires concernant l'article 2037 C. civ., elle constitue le fondement principalement proposé. Référence est faite à l'ancien droit qui justifiait l'octroi du bénéfice de cession d'actions par l'équité ; les exégètes reprennent l'idée et la développent (3). Les études et monographies anciennes sur le bénéfice de subrogation reposent toutes sur la même affirmation (4).

Qu'elle justifie seule l'octroi du bénéfice ou qu'elle soit invoquée à l'appui d'autres notions comme la considération des sûretés ou la subrogation, l'équité est toujours présente : « l'équité naturelle serait blessée si le créancier était maître de dissiper capricieusement les garanties » (5) et l'article 2037 C. civ. est le bouclier qui évite ces blessures (6).

Cependant « l'équité n'est jamais qu'une approximation de la Justice pure » (7) ; elle est également beaucoup trop fuyante, trop indéterminée dans

(1) Cf. supra n^o 405 et 406.

(2) De cet usage efficace découle l'absence de préjudice de la caution : cf. supra n^o 417.

(3) Cf. notamment : P. PONT : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 9. *Des petits contrats*, t. 2, 1867, n^o 374, p. 184. — L. GUILLOUARD : *Traité de cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, 1895, n^o 233, p. 262 et n^o 234 in fine, p. 264.

(4) M. FOURNIER : *Le cautionnement solidaire (son rôle pratique à côté du cautionnement simple. Sa nature juridique. Ses effets)* : Rev. crit. légis. et jurisp., 1866, pp. 695 à 718 ; 1887, pp. 40 à 57, spécialement n^o 41, p. 55 in fine. — J. NIGOUL : *Du cas particulier d'extinction du cautionnement prévu par l'article 2037 C. civ.*, Thèse, Toulouse 1897, p. 40.

(5) A. VIALET : *De l'extinction du cautionnement par l'impossibilité de subrogation*, Thèse, Lyon 1900, p. 39.

(6) Cf. Rouen 3 mai 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, 166 : « Le principe d'équité qui sert de base à la théorie de la subrogation impose au créancier le devoir de ne commettre aucun acte susceptible de faire perdre à cette caution le bénéfice des droits et sûretés dans lesquels elle est subrogée ».

(7) A. DESSENS : *Essai sur la notion d'équité*, Thèse, Toulouse 1934, éd. Boisseau, Toulouse 1934, p. 101.

ses contours pour structurer seule une règle législative : il est nécessaire de la combiner avec un concept technique affirmé qui la consolidera.

438. — Bonne foi. Le mécanisme proposé par les auteurs contemporains réside dans la bonne foi dont l'article 1134 al. 3 C. civ. impose le respect lors de l'exécution des conventions (1). Le créancier n'a pas d'obligation déterminée de conserver les droits préférentiels ; il doit simplement se comporter avec honnêteté et éviter tout acte qui, compromettant la subrogation, serait inspiré par l'égoïsme ou la mauvaise foi.

Cette même idée de bonne foi avait déjà été évoquée par certains auteurs pour justifier sans succès l'existence à la charge du créancier d'une obligation d'honnêteté (2). Il est préférable de la retenir comme base de l'«esprit de collaboration qui impose à chacune des parties de s'abstenir de tout acte qui rendrait l'exécution plus lourde pour l'autre» (3). C'est d'ailleurs en ce sens que le concept de bonne foi apparaît aujourd'hui sous la plume du juge du fond (4).

On a reproché au fondement trouvé dans la bonne foi d'être «à la fois multi-forme et fuyant» et «très vague» (1). Cette critique peut s'avérer pertinente puisque la bonne foi, que le droit français n'a pas enfermée dans le carcan d'une technique sclérosante, demeure une notion polymorphe. L'apport d'un élément supplémentaire est nécessaire pour la préciser et la renforcer.

439. — Caractère accessoire. Une troisième règle de portée générale est invoquée pour justifier la disposition de l'article 2037 C. civ. : le caractère accessoire du cautionnement. En raison de sa position de débiteur de seconde

(1) A. VAN OVERBROEK : *A propos d'un mode d'extinction du cautionnement : l'article 2037 du Code civil*, Revue de la banque (belge), 1968, pp. 422 à 434, spécialement n° 6, pp. 424 et 425. — S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 9. p. 313. — Adde : pour un fondement très imprécis regroupant les «principes généraux du cautionnement» (dont celui qui interdit au créancier d'aggraver l'engagement de la caution, principe proche de l'équité) la responsabilité civile et la bonne foi, cf. B. VIGNERON, note au Dalloz 1974, pp. 387-388 sous Dijon 22 mars 1974, spécialement le dernier paragraphe de la note p. 388, col. 1 et 2.

(2) Cf. en ce sens C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, n° 102, p. 108. — Adde : même J.E. LABBE, pourtant partisan de la responsabilité délictuelle, écrit : «le créancier... doit agir équitablement, et ne pas aggraver par son fait, sans aucun intérêt personnel, la condition de la caution. C'est à celle-ci à démontrer que le créancier n'a pas agi selon la bonne foi et lui a causé un dommage». Note au Sirey 1887, 1, p. 5 sous civ. 2 février 1886. — D. VEAUX : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. civ., 1ère éd. V° CAUTIONNEMENT, n° 263.

(3) S. BETANT-ROBET : art. précité, ibidem. — Adde : pour un rapprochement avec cette idée : J. CHEVALLIER, obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1939, pp. 567 sur ALEXANDRIE 4 janvier 1938 (ibid. p. 565).

(4) Rouen 3 mai 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, 166 ; D. 1962, Somm. p. 21. — Trib. com. Seine 19 juin 1962, D. 1962, p. 769 et la note approbatrice de Mr le Doyen R. SAVATIER, notamment p. 772, 2^e col.

(5) P. SIMLER : chron. précitée, n° 16.

ligne, non intéressé à la dette, la caution doit pouvoir récupérer le plus facilement possible les sommes qu'elle peut avoir payées. Afin d'avoir des chances d'être totalement remboursée, il faut qu'elle dispose des moyens efficaces que le créancier avait amassés ; la caution veut être subrogée pour récupérer la totalité de la dette alors que le codébiteur n'en profite que pour le surplus de sa part. De plus l'absence d'intérêt de la caution de la dette principale lui confère une position particulière, à l'écart de l'opération. Le créancier ne doit pas profiter de cette circonstance pour amoindrir les droits de la caution.

C'est en fonction de ces idées que certains auteurs font reposer le bénéfice de subrogation sur le caractère accessoire du cautionnement (1). D'autres effleurent la notion en insistant sur le refus du bénéfice de subrogation au codébiteur engagé à titre principal même s'il n'est pas intéressé à la dette (art. 1216 C. civ.) (2).

2° - Critique

440. — Insuffisance générale. Trouver dans les notions générales d'équité, de bonne foi et d'accessoire le fondement de l'exception de subrogation n'est pas juridiquement satisfaisant. Certes l'équité était en honneur dans l'ancien droit (3) et les auteurs en faisaient un grand usage pour justifier la généralisation de principes romains : tel fut le cas du bénéfice de cession d'actions. Cependant le recours à l'équité, surtout de façon conceptuelle et abstraite, n'est pas sans risque. TROPLONG remarquait à propos des pouvoirs du juge que, « l'équité cérébrine est le plus grand des dangers ; elle brise toutes les

(1) A.M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE : *Cours analytique de Code civil*, t. 8, Paris, Plon 1884, n° 272 bis, VIII, pp. 307 et 308. — C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, n° 102, p. 108 invoquent ce caractère aux côtés de la bonne foi pour imposer une promesse tacite de conservation des sûretés au créancier. — C. AUBRY et C. RAU : op. cit. t. 6, 5^e ed^o, par E. BARTIN ; § 429, note 11 ter, p. 243 et surtout p. 244 in principio. La formule est reprise dans la 6^e ed^o par P. ESMEIN (ibidem) et par P. VOIRIN dans la 2^e ed^o du cours de C. BEUDANT (précité). — H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS : t. 3, vol. 1, 5^e ed^o (1974), n° 24, p. 31 (ces auteurs écrivent caractère subsidiaire pour accessoire) et n° 25, p. 33. — J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, thèse précitée, n° 619, p. 671.

Et pour le donneur d'aval : H. SINAY : *La situation juridique du donneur d'aval*, Rev. trim. dr. com. 1953, n° 16, p. 32. — B. GEISENBERGER : *L'aval des effets de commerce*, Thèse, Paris 1953, L.G.D.J., 1954, § 207, p. 237 in fine et p. 239.

(2) Cf. en ce sens : G. APPERT : *Rapport sur les obligations solidaires* devant la Commission de révision du Code civil, Bull. soc. d'études législatives, 1910, pp. 149 à 158, spécialement 5^{ème} question, pp. 154 et 155. Cet auteur refuse le bénéfice de subrogation de l'article 2037 C. civ. au codébiteur en raison de son engagement à titre principal. — Adde : T. IVALNER : note au Dalloz 1973, pp. 316 à 319, spécialement p. 317, 2^e col. — Comp. J. MESTRE : thèse précitée qui insiste sur le caractère accessoire mais qui étend quand même le bénéfice de subrogation à tous les codébiteurs (n° 625 et suiv., pp. 679 et suiv.).

(3) Conf. G. BOYER : *La notion d'équité dans la jurisprudence des parlements*, Mélanges J. MAURY, Dalloz et Sirey, 1960, t. 2, pp. 257 et suiv.

barrières, elle ôte toute confiance, elle laisse les justiciables sans boussole et sans guide» (1) ; la formule peut être transposée, en l'adaptant, à l'équité du législateur (2). Ces dangers sont aussi grands et peuvent même être multipliés par l'abstraction de la règle ainsi posée.

Heureusement l'efficacité de l'équité ne peut aller jusqu'à supporter à elle seule une règle que le législateur n'a pas expressément rattachée aux notions de juste et d'équitable. Il est nécessaire de seconder l'équité, de soutenir plus solidement l'édifice qu'elle ne peut que partiellement étayer. Seule, l'équité ne suffit pas. Elle peut à la rigueur expliquer la présence d'une règle législative, elle est incapable d'en déterminer le régime, les limites, les effets.

Très proche de l'équité, la bonne foi due dans l'exécution d'un contrat constitue une base plus solide. Mais comme l'équité elle demeure trop indéterminée et trop floue. Même associées, les trois notions générales invoquées : équité, bonne foi et caractère accessoire ne permettent pas d'établir le régime du bénéfice de subrogation.

441. — Incompatibilité avec la limitation aux droits visés par la caution.

La critique la plus pertinente faite à ces fondements généraux consiste dans leur incompatibilité avec une règle prétorienne : la date de constitution des droits préférentiels. Pour que la caution soit déchargée, il faut que les droits préférentiels perdus aient pu être déterminants de son consentement (3). Or ni l'équité, ni l'exécution de bonne foi des conventions, ni la position de débiteur de seconde ligne ne peuvent expliquer cette limite. Tout au contraire ces fondements conduiraient à imposer au créancier un devoir de conservation de tous les droits préférentiels, tant connus qu'inconnus de la caution, tant déterminants qu'indifférents à son engagement (4).

Les tenants de la théorie de l'exécution de bonne foi des conventions critiquent d'ailleurs la jurisprudence posant cette règle. Rien, selon eux, ne la justifie, alors surtout que le texte ne le distingue pas (5). Mieux vaut considérer que

(1) TROPLONG : *Contrat de mariage*, t. 3, n° 1543, p. 55.

(2) Sur les sens différents du mot équité suivant qu'il est appliqué au juge ou au législateur, cf. les développements de M. ROTONDI, qui résume sa position en écrivant : « Il y a donc une aequitas, élément de création de la règle, et une aequitas, élément d'application ». M. ROTONDI : *Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit*. Mélanges M. ANCEL (*Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. 1, pp. 43 à 57, spécialement n° 2, p. 44).

(3) Cf. supra n° 414.

(4) Les droits allemand et suisse libèrent la caution au cas de perte d'une sûreté même constituée à l'insu de la caution et postérieurement à son engagement. Enquête du Max Planck Institut sur *Le cautionnement dans les états membres des communautés européennes*, Hambourg, 1969, n° 78, pp. 86 et 87. — Pour la Suisse : art. 503 du Code des obligations. — Pour l'Allemagne : § 776 du B.G.B.

(5) Cf. notamment la vive critique de S. BETANT-ROBET : art. précité, n° 48 et 49, pp. 328 et 329. Comp. J. MESTRE : *La subrogation personnelle*, thèse précitée, n° 619, pp. 670 et 671. — Adde : Les auteurs belges cités par cet auteur note 18. Partisans de l'explication de l'article 2037 C.civ. par le principe de bonne foi, ils sont opposés à la limitation jurisprudentielle.

la position jurisprudentielle fondée sur la connaissance des sûretés par la caution est saine et qu'en conséquence les principes généraux du droit des obligations sont impuissants à expliquer seuls le mécanisme du bénéfice de subrogation.

L'inventaire des différentes tentatives d'explication s'achève donc sur une insatisfaction. Aucune des théories proposées ne s'adapte parfaitement au bénéfice de subrogation. Nous nous refusons à constater l'existence du mécanisme sans le qualifier juridiquement (1) ou à le considérer comme une institution sui generis empruntant à tous les concepts mais ne s'assimilant vraiment à aucun. L'analyse doit être poursuivie et menée à bien.

B — Théorie proposée

442. — Division. Que le bénéfice de subrogation soit une faveur accordée à la caution, nul n'en doute. C'est en revanche l'analyse des moyens et des raisons de cette faveur qui fait apparaître des divergences. A nos yeux l'explication de l'article 2037 C. civ. n'est pas unique, mais double. Le bénéfice de subrogation est l'application de la technique plus générale de la déchéance (a) ; la neutralité même de ce mécanisme conduit à rechercher les fondements sur lesquels il s'appuie (b).

a) Mécanisme : une déchéance

443. — Réunion des conditions. Le texte même de l'article 2037 n'apporte aucun éclaircissement sur la qualification à donner au mécanisme. En disposant que la caution est « déchargée » il indique simplement qu'il y a disparition de l'obligation qui la liait jusqu'alors.

L'apport du régime dégagé par le droit positif est plus instructif. Le premier élément de mise en jeu du bénéfice de subrogation consiste dans la faute imputable au créancier. Le second élément est une sanction (la décharge de la caution) qui implique la perte de son droit subjectif par le créancier non pas à titre de réparation mais afin d'éviter que son exécution ne fasse naître un préjudice. Le troisième élément est la protection préventive de la caution qu'engendre naturellement ce bénéfice.

(1) Procèdent ainsi : L. HERVE : *Cautionnement, solidarité, indivisibilité (comparaison)*, Thèse, Bordeaux 1940, éd. Bière, Bordeaux 1940, pp. 131 et suiv. — G. RIPERT et J. BOULANGER : *Tr. élém. dr. civil*, t. 2, 1057, n° 1922, p. 687. — G. MARTY et P. RAYNAUD : *Droit civil*, t. 3, vol. 1, 1971, n° 562, p. 348.

Les trois caractères qui distinguent la déchéance sont ici réunis (1). Cette qualification, déjà retenue d'ailleurs (2), s'impose donc.

444. — Rejet de la responsabilité civile. Rarement envisagée, la qualification de déchéance n'a fait l'objet que de rares critiques. Certains l'ont écartée au motif erroné que la déchéance est une sanction automatique qui ne se mesure pas à l'importance du préjudice risqué par la caution (3). Certaines déchéances sont encourues de plein droit, sans qu'aucune décision judiciaire soit nécessaire. S'il peut en être ainsi en matière d'assurance (4), l'automatisme n'est pas un trait spécifique et général aux déchéances (5). La notion même d'automatisme reste floue car il est bien évident qu'en cas de conflit une décision judiciaire est nécessaire (6).

Le deuxième argument critique à l'encontre de la déchéance provient de la comparaison entre l'article 2037 C. civ. et l'article L. 121-12 al. 2 du nouveau Code des Assurances (ancien art. 36 al. 2 L. 1930) (7). Les deux dispositions sont fort voisines et l'on peut être tenté d'étendre à l'une les solutions dégagées pour l'autre. Malheureusement l'imprécision est aussi grande en matière d'assurance qu'elle l'est en matière de cautionnement et la qualification de déchéance est tout aussi bien proposée (8) que celle de responsabilité civile (9).

La notion de responsabilité civile ne peut être appliquée au bénéfice de subrogation car elle nécessite d'une part la violation d'une obligation et d'autre part la réalisation d'un préjudice (10). Tout au contraire le bénéfice de subrogation sanctionne l'inaccomplissement d'un simple devoir (11) et évite

(1) Cf. supra n° 377, pp. 483 à 485, l'analyse que nous proposons de cette notion.

(2) Cf. par exemple : D.J. BARONCEA : *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur)*, Thèse, Paris 1929, Duchemin, p. 241.

(3) J. MESTRE : *La subrogation personnelle* ; thèse précitée, n° 629, p. 684.

(4) La déchéance est la conséquence d'une clause du contrat et certaines compagnies prévoient l'application de la règle proportionnelle pour les déchéances sanctionnant les fausses déclarations.

(5) Cf. G. ROUJOU de BOUBÉE : *Encycl. Dalloz*, Rép. cr. civ., 2^e ed°, V° DECHEANCE (1971), n° 17 in fine.

(6) Au surplus l'appréciation peut varier quant à l'existence de ce caractère. Cf. par exemple, à propos de la déchéance de l'autorité parentale, le point de vue de M. ROUJOU de BOUBÉE (op. et loc. cit.) qui la considère comme automatique alors que les textes édictent que «peuvent être déchus... par une *disposition expresse* du jugement pénal» (art. 378 C. civ.) ou encore «peuvent être déchus...» (art. 378-1 C. civ.) par un jugement du tribunal de grande instance.

(7) «L'assureur peut être déchargé, en tout ou partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, du fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur».

(8) M. PICARD et A. BESSON : *Les assurances terrestres*, t. 1, 4^e ed° (1975) n° 343, p. 517 qui écrivent que l'art. L. 121-12 al. 2 a «des conséquences analogues à celles d'une déchéance».

(9) J. MESTRE : Thèse précitée, n° 633, pp. 687 à 689.

(10) Que cette réalisation soit présente ou future, il faut qu'elle soit certaine.

(11) Cf. infra n° 446 et suiv.

préventivement la réalisation d'un préjudice, non pas certain, mais conditionnel. En effet le dommage que risque la caution est subordonné à l'exécution de son obligation de règlement que l'article 2037 C. civ. a précisément pour but d'éviter.

Quant à la condition de légalité que l'on s'accorde à imposer à toute déchéance, elle est évidemment remplie par l'article 2037 C. civ. Résolu le problème de la technique juridique utilisée, reste encore celui des raisons de son existence. Qu'est-ce qui, en profondeur, justifie une telle mesure, que l'on retrouve dans toutes les législations ?

b) Fondements : bonne foi et équité

445. — Particularisme des deux fondements. Deux notions générales animent le bénéfice de subrogation et justifient la déchéance qu'il déclenche : la bonne foi et l'équité. Ce qui différencie le bénéfice de subrogation d'autres institutions, c'est l'affleurement particulièrement net de ces deux notions, affleurement expliqué par la nature même du cautionnement. D'une part la bonne foi trouve un renfort particulier dans le cautionnement d'une créance assortie de sûretés supplémentaires en raison de l'intérêt commun qui lie créancier et caution. Cet intérêt commun aggrave le devoir de loyauté du créancier et permet une sanction plus sévère qu'à l'ordinaire (1°). D'autre part l'équité est amplifiée dans le cautionnement par le caractère accessoire de ce contrat et par la position de retrait de la caution (2°).

1° - La bonne foi renforcée par l'intérêt commun

α - Bonne foi et loyauté

446. — Difficulté d'une définition. La bonne foi est une notion polymorphe que le droit français ne retient qu'avec prudence : magnifiée par les uns (qui restent rares), elle est négligée ou même écartée par les autres.

La notion de bonne foi demeure entourée d'une aura d'éthique et de morale qui, ajoutée à l'imprécision de la formule, rend sa définition délicate. Elle fait partie de ces « notions les plus essentielles... qui sont les plus malaisées à dégager, car ce sont celles sur lesquelles, dans chaque pays, on éprouve le moins de besoin d'insister tant elles paraissent imposées par l'évidence » (1). Malgré ce handicap il est nécessaire de « faire passer les concepts en mots et en formules... pour leur donner la fixité et la consistance indispensables à une action efficace

(1) A. LEGAL : *De la négligence et de l'imprudence comme source de la responsabilité civile délictuelle*, Thèse, Paris 1922, p. 11.

sur les réalités» (1). L'opération n'a pas été des plus parfaites en matière de bonne foi car l'ambivalence du terme, relevée par tous les auteurs qui se sont penchés sur la question (2), est fort gênante. Le langage du droit n'a pas su donner à la formule courante un sens plus net que celui de la langue «naïve».

Certes la notion compte au nombre de ces «expressions familières... ces images... qui ont l'avantage d'évoquer immédiatement avec évidence la chose dont on parle, de la rendre immédiatement présente à la conscience» (3). Mais le passage dans la langue juridique aurait pu éviter l'ambiphologie attachée au terme. La proximité des deux langages ne l'a pas permis (4). Toutefois, «l'ambivalence d'une notion ne met - par définition - nul obstacle à son unité, partant à son autonomie» (5), d'autant que la transposition de la notion de bonne foi du domaine commun au domaine juridique a accru le contenu de la notion : les «termes empruntés (comme fides) au langage de la morale ou de la pratique, une fois transplantés dans le droit, s'y chargent d'un sens neuf, répondant à sa fonction propre» (6). C'est ainsi que l'octroi par le prêteur des actions de bonne foi en procédure romaine, l'apparition des contrats de bonne foi en droit romain ont eu pour but de pallier la disparition de cette même bonne foi dans les relations contractuelles pratiques.

447. — Origines et évolution. Au commencement, dans l'ancien droit romain, «la plupart des actes concernant les rapports sociaux étaient en dehors du droit» (7). Les relations entre voisins, amis et gens de même extraction

(1) F. GENY : *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, 1913, n° 51, p. 150.

(2) Cf. sur ce point la remarquable étude de M.G. LYON-CAEN : *De l'évolution de la notion de bonne foi*, Rev. trim. dr. civ., 1946, pp. 75 à 112 et spécialement le résumé des différents sens donnés à la formule n° 2 à 4, pp. 76 à 79.

(3) P. AMSELEK : *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit. Essai de phénoménologie juridique*, Thèse, Paris 1962, L.G.D.J., 1964, p. 41.

(4) Le langage du droit a été défini comme étant «tout simplement un langage spécialisé, c'est-à-dire un mode de parler, notre langage à tous, le langage ordinaire», qui infléchit et enrichit (ou appauvrit) ce fond commun et son usage là où la nécessité s'en fait ressentir». H.Ph. VISSER'T HOOFT : *La philosophie du langage ordinaire et le droit*, Archives de philosophie du droit t. 19, *Le langage du droit*, Paris, Sirey 1974, pp. 19 à 23, spécialement p. 21 in fine. — Comp. Les considérations développées par R. GUILLIEN et J. VINCENT dans l'avertissement au *Lexique de Termes Juridiques* dont ils ont dirigé la rédaction (Daloz, Paris, 1ère éd. 1971, p. IV). Pour ces auteurs les termes juridiques sont puisés dans le langage courant, mais «en pénétrant dans la sphère du droit, le mot usuel subit une inflexion, parfois même une mutation qui lui confère la précision technique... mais l'isole et le rend peu à peu incompréhensible au non-spécialiste». (ibidem).

(5) J. DUPICHOT : *La notoriété, cette inconnue*, Annales de la Faculté de droit de l'Université de Clermont-Ferrand, Fasc. 8, 1871, pp. 6 à 89, spécialement n° 2, p. 8. Adde les développements et observations sur le rôle de la terminologie en droit, n° 1 à 12.

(6) M. VILLEY : *De l'indicatif dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. 19, *Le langage du droit*, Paris, Sirey 1974, pp. 33 à 61, spécialement p. 60 in fine.

(7) E. CUQ : *Les institutions juridiques des romains*, t. 1, p. 386.

reposaient sur la bonne foi ; en conséquence le droit n'avait pas besoin de les réglementer : la notion de bonne foi n'était pas entrée dans le droit.

Le développement des tractations à but économique entraîna un brassage plus important des relations contractuelles ; l'intérêt pécuniaire devint le mobile principal des parties, la notion de devoir s'estompa. Les juristes firent des efforts notables pour développer le sens de l'honneur qui s'étiolait : ils durent indiquer aux parties quelle était la conduite à observer, par comparaison avec l'attitude d'un honnête homme. «Les jurisconsultes ont à poser les règles sur l'exécution des engagements, en s'inspirant de celles que les philosophes ont établies pour l'accomplissement des devoirs» (1). La notion de bonne foi entre dans le droit ; elle y fera carrière et n'en ressortira plus.

D'ailleurs l'ancien droit français y fit très fréquemment recours. DOMAT la considère comme un principe général de «sincérité et bonne foi dans les engagements volontaires et mutuels» et le pose en cinquième règle des Lois civiles (2). POTHIER reprend les enseignements du maître et «ses propos sur l'équité dans les conventions (traité des obligations. Part. I, Ch. I, Art. III, § 4, n° 33), l'honnêteté (item, § 6, n° 42), la bonne foi (item, § 6, n° 43) et la justice...» (3), s'abreuve à la même source. «De là, sinon directement de DOMAT, ils sont passés dans notre Code» (4).

La bonne foi constitue assurément un des piliers du droit des obligations. Les travaux préparatoires du Code civil en font foi et l'observation de CAMBACERES selon laquelle, s'il est permis de chercher son intérêt, «il ne l'est pas de fouler au pied le fondement de tous les engagements : la bonne foi» (5) l'illustre à merveille. L'article 1134 C. civ., notamment dans son alinéa 3ème, devient le réceptacle de cet héritage. «Cet article représente et exprime le triomphe du principe de la bonne foi» (6). En gouvernant l'exécution des obligations et des conventions, la bonne foi s'est transformée. Elle est devenue une notion technique spécialement juridique (7).

448. — Positions doctrinales. Le rôle que l'on accorde à la bonne foi est très variable. Il peut aller de la loyauté dans l'exercice de tous les droits

(1) E. CUQ : op. cit., p. 594.

(2) J. DOMAT : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Chap. IV, § 5 (2^e ed^o, Paris, J.B. COIGNARD, 1695).

(3) A.J. ARNAUD : *Les origines doctrinales du Code civil français*, Thèse, Strasbourg 1964, L.G.D.J. 1969 (bibl. de philosophie du droit, t. 9, préf. M. VILLEY) p. 213.

(4) A.J. ARNAUD : *ibidem*.

(5) CAMBACERES : Rapport fait au nom du Comité de législation à la Convention Nationale sur le 2ème projet du Code civil ; P.A. FENET : Travaux préparatoires du Code civil, t. 1, p. 107.

(6) A.A. VOLANSKY : *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Thèse, Paris 1929, Paris, Duchemin 1929, n° 151, p. 333. — Adde la citation (note 1) de l'exposé des motifs fait par BIGOT de PREAMENEU.

(7) A.A. VOLANSKY : Thèse précitée, n° 123 à 132, pp. 259 à 281.

contractuels (1) à la négation d'une efficacité ou d'une utilité quelconque (2). Tous les degrés d'intérêt pour cette notion se trouvent en doctrine, de l'indifférence totale (3) à l'enthousiasme excessif (4). La plupart des auteurs restent cependant circonspects à l'égard d'une notion demeurée vague. Les développements qui lui sont consacrés mesurent par leur volume et la réserve de leur style l'intérêt qui lui est accordé (5).

Une fois écarté le sens dans lequel la bonne foi est une croyance légitimement erronée, ce qui lui donne un rôle créateur de droit (6), le rôle de la bonne foi dans l'exécution des contrats demeure à déterminer.

Une première tendance doctrinale conteste à la bonne foi un rôle quelconque en matière d'exécution des contrats. Par réaction à l'enthousiasme qui avait animé DEMOGUE et F. GORPHE autour de cette idée au premier tiers du siècle, tout rôle effectif est dénié à la bonne foi contractuelle (7). L'exécution des conventions est régie par nombre de techniques ou d'institutions qui

(1) J. JOSSERAND : *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits. Essais de téléologie juridique*, t. 1, 2^e ed^o, Paris, Dalloz 1939, passim, et spécialement n^o 119 à 122, pp. 162 à 167 : Abus dans l'inexécution et le fonctionnement des contrats. — *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé. Essais de téléologie juridique*, t. 2, Paris, Dalloz 1928, n^o 209 : «La bonne foi joue dans notre droit un rôle de purification extrêmement important». — G. RIPERT : *La règle morale dans les obligations*, Paris, L.G.D.J., 4^e ed^o, 1949, n^o 162, p. 298 : «Le créancier et le débiteur d'une obligation contractuelle sont donc tenus de respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l'un envers l'autre. L'existence de leur situation contractuelle leur crée en quelque sorte des devoirs particuliers».

(2) R. VOUIIN : *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Thèse, Bordeaux 1939, L.G.D.J. 1939, n^o 243 (conclusion) p. 456 : «Quant à la bonne foi contractuelle..., elle ne présente, à l'heure actuelle dans notre droit, aucun intérêt. Elle est dépourvue d'effets juridiques propres... c'est une notion vide de tout contenu réel dans notre droit positif».

(3) H., L., et J. MAZEAUD et M. de JUGLART : *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 5^e ed^o, qui conservent le silence sur le troisième alinéa de l'article 1134 C. civ., n^o 721, p. 752.

(4) R. DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, t. 6 : *Effets des obligations*, qui non seulement consacre à l'idée de bonne foi dans l'exécution des obligations plus de 40 pages (n^o 3 à 30) et en fait découler une collaboration poussée entre créancier et débiteur, mais encore fait de cette notion l'un des piliers du droit des obligations.

(5) Cf. l'analyse de la Doctrine faite par A. RIEG in *J. Cl. civ.*, art. 1134-1135, fasc. 1 (1965), n^o 65.

(6) Sur ce sens et cette fonction de la bonne foi, cf. : F. GORPHE : *Le principe de la bonne foi*, Thèse, Paris 1928, Dalloz 1928, qui consacre à cet aspect la troisième partie de sa thèse : La protection de la bonne foi. Adde du même auteur : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civil, 1^{ère} éd. 1951, V^{is} BONNE FOI, n^o 23 à 49 (N.B. l'article a été intégralement repris dans la 2^e ed^o sans signature). — A. BRETON : *Des effets civils de la bonne foi*, Rev. crit. 1926, pp. 86 à 111. Cet auteur ne retient que cette sorte de bonne foi. — R. VOUIIN : *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Thèse, Bordeaux 1939, Paris L.G.D.J., 1939, pp. 227 à 452. — G. LYON-CAEN : *De l'évolution de la notion de bonne foi*, Rev. trim. dr. civ. 1946, pp. 75 à 112, deuxième partie de l'article n^o 28 à 44, pp. 98 à 110. Adde la référence faite à la fonction créatrice de la bonne foi mise en valeur par le professeur MOREL : *Cours de droit civil approfondi, 1936-37 : la bonne foi dans les actes juridiques*.

(7) R. VOUIIN : Thèse précitée, n^o 62 à 75, pp. 109 à 114.

en justifient abondamment le régime. Vouloir trouver dans la bonne foi l'explication de certains devoirs ou de certaines sanctions consiste à lui prêter des effets qui sont en réalité engendrés « par la volonté des parties, les nécessités pratiques ou « l'ordre de la loi » (1). Tout au plus la notion de bonne foi contractuelle a-t-elle une « existence nominale » dans notre droit (2).

Proche de cette doctrine se situe celle qui, à la suite d'une interprétation curieuse de l'article 1134 al. 3 C. civ., ne voit dans ce texte qu'une règle d'interprétation des conventions (3). Accolée et accrochée à l'article 1135, ce texte ne permettrait à la bonne foi que de constituer le critère de l'interprétation de la volonté des parties (4). Cette position, injustifiable au plan de l'exégèse ne s'explique pas non plus au regard de l'esprit des textes. Il faut donc rendre à l'alinéa 3 de l'article 1134 C. civ. son rôle de guide de l'exécution des conventions.

La doctrine de l'après-guerre y consent mais reste réservée. Les développements sont mesurés et même les monographies ne consacrent à son étude que peu de place (5). « C'est toujours le même effort pour effacer le côté moral des actes par la crainte qu'il ne soit pas scientifique d'apprécier la moralité d'un acte ! » (6).

Luttant contre cette tendance, nombre d'auteurs insistent sur le rôle de la bonne foi pour en faire l'un des éléments fondamentaux de la compréhension du droit des contrats. Idée de base qui sous-tend les règles techniques prévues par le législateur, la bonne foi inspire également des devoirs aux contractants. Ces devoirs peuvent être regroupés autour de deux notions : la fidélité d'exécution et le devoir de coopération (7). La première concerne plutôt le débiteur, le second pèse surtout sur le créancier ; tous deux s'abreuvant à l'idée d'honnêteté, de loyauté dans l'exécution. Cette idée d'une portée assez floue dans l'article 1134 « signifie que tout contractant doit agir en honnête homme « dans tout ce qui a trait à l'exécution du contrat... [elle] sied

(1) R. VOUIN : Thèse précitée, n° 243, p. 456.

(2) R. VOUIN : Thèse précitée, n° 75, p. 144.

(3) A. RIEG attribue à AUBRY et RAU (Cours de droit civil, t. IV, § 346) la paternité de cette interprétation. La seule phrase consacrée par ces auteurs à la question, et conservée dans les rééditions successives, est la suivante : « les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties... », 4^e ed°, p. 326 ; 6^e ed° par E. BARTIN, p. 479. Le glissement de l'exécution à l'interprétation est effectif. La part de responsabilité des auteurs postérieurs est cependant importante.

(4) Cf. pour l'exposé, et la critique, de cette position : A. RIEG : *J. Cl. civ.*, art. 1134-1135, n° 66 à 68.

(5) Cf. par exemple l'article de G. LYON-CAEN : *De l'évolution de la notion de bonne foi* (art. précité), qui consacre un seul numéro à la « bonne ou mauvaise foi dans l'exécution des actes juridiques » (n° 9, pp. 82-83), les autres développements sur la bonne foi contractuelle concernant, malgré l'intitulé, l'inexécution (et non l'exécution) des obligations (n° 10 à 27, pp. 83 à 98). — Cf. également F. GORPHE : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1^{ère} éd., V^{is} BONNE FOI (1951), n° 11 à 15 (et la même rubrique reprise in extenso dans la 2^e ed°.).

(6) G. RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 103, p. 181 in fine et 182.

(7) A. RIEG : op. cit. n° 69, développements : n° 70 à 81.

particulièrement quand il s'agit de porter un jugement sur la conduite du créancier, parce qu'on n'a pas coutume de dire qu'une partie est tenue, comme créancier, d'obligations en vertu du contrat» (1).

La mise en relief de ces devoirs fut timidement opérée par F. GORPHE dans sa thèse sur «le principe de la bonne foi» en 1928 (2). DEMOGUE la reprit avec vigueur et sut «donner figure juridique à ce devoir de coopération» (3). Dans son traité des obligations, la bonne foi devient la souche d'où l'on peut faire sortir de nouveaux rameaux (4). Alliée au but commun visé par les contractants, y puisant son inspiration et y déversant son énergie, la bonne foi fera naître une «union», ou une «collaboration» entre créancier et débiteur. La bonne foi confère à l'obligation «un caractère mutuel» qui touche à son fondement même (5).

Ces idées, dont on a dit que l'outrance les avait perdues (6), méritaient cependant d'être reprises mais sous une forme atténuée. MM. RIEG (7), CORNU (8) et FARJAT (9) ont œuvré en ce sens. «L'invocation générale à la bonne foi contractuelle dans l'article 1134 al. 3 doit aussi être entendue comme un appel à la bonne volonté dans l'exécution même du contrat, une invitation solennelle à la loyauté d'exécution» (10).

449. — Rôle général. C'est dans un juste milieu, dans une voie médiane que nous apparaît la solution (11). La bonne foi est le principe dirigeant l'exécution des conventions ; l'attitude des parties doit tendre à la respecter

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN : t. 6, 2^e ed^o, (1952), n° 379 quater, p. 508 et pp. 509-510. Il est intéressant de noter que l'étude de la bonne foi dans l'exécution des conventions a fait l'objet d'une refonte et d'un approfondissement lors de la seconde édition du traité.

(2) Thèse, Paris 1928, Dalloz 1928. — Adde : A.A. VOLANSKI : *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Thèse, Paris 1929, Duchemin, 1929, n° 77, pp. 164 et 165, n° 126, p. 262.

(3) J. CARBONNIER : op. cit. n° 51, p. 172.

(4) R. DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau 1931, n° 3, p. 9.

(5) Toutes ces expressions sont employées à plusieurs reprises par DEMOGUE, notamment n° 3, p. 9, n° 12, p. 17 et tout au long des développements consacrés au devoir de coopération n° 12 à 30, pp. 17 à 44.

(6) J. CARBONNIER : op. et loc. cit.

(7) *J. Cl. civil* art. 1134 et 1135, n° 69 à 81.

(8) Dans ses chroniques de Jurisprudence civile, Contrats spéciaux, à la Revue trimestrielle de droit civil, cet auteur, s'y félicite du «bon retour de la bonne foi» (Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 610).

(9) G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, *Théorie des obligations*, Paris, P.U.F., Thémis, 1975, qui place l'exécution de bonne foi des conventions au rang de principe susceptible d'atténuer la rigueur du principe supérieur de l'effet obligatoire des contrats (pp. 274 à 276).

(10) G. CORNU : obs. Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 668, n° 1 in fine.

(11) Et nous savons combien la mesure est une attitude délicate à observer. Aristote n'a-t-il pas dit, pour résumer et défendre sa doctrine : «Le juste milieu est un état violent pour l'esprit humain» ?

le plus possible et être imprégnée de cette loyauté que la règle morale inscrit dans le droit. Mais il faut aussi respecter l'intérêt propre à chacun des contractants et ne pas imposer un altruisme artificiel là où git l'égoïsme le plus naturel.

En se généralisant, une idée, si puissante soit-elle, s'épuise, s'effrite et s'affaiblit. Il faut, pour conserver à la bonne foi toute sa vigueur, en faire une source d'inspiration informelle qui ne se concrétisera en règle juridique qu'en certaines occasions. L'appui d'une technique spéciale devient nécessaire pour faire de la bonne foi un levier capable de soutenir les obligations contractuelles. L'exemple en est donné par de nombreuses institutions telles que l'exception d'inexécution (1), la résolution pour inexécution (2 et 3) ou encore par des théories générales comme celle de l'abus de droit (4) ou de la fraude (5). Dans certains contrats, la loyauté due pour l'exécution est renforcée, soit parce qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion (6), soit parce que des obligations accessoires de sécurité ou de renseignements apparaissent (7), quand il ne s'agit pas d'un devoir de vigilance (8).

(1) L. BOYER : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., VI^{is} CONTRATS et CONVENTIONS, 2^e ed^o, 1971, n^o 144. — R. CASSIN : *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Thèse, Paris 1914, pp. 127 et suiv. et pp. 424 et suiv.

(2) L. BOYER : *ibidem*. — R. CASSIN : *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 159 à 180, spécialement n^o 8 in fine, p. 174.

(3) L'on pourrait ajouter le droit de rétention, mais il ne correspond pas nécessairement à une obligation contractuelle (en faveur de son fondement dans la bonne foi, cf. G. CORNU : obs. Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 790 sur Colmar 30 janvier 1973).

(4) L. JOSSERAND : *Essais de téléologie juridique*, précités, t. 1, n^o 264 et suiv., pp. 364 et suiv. ; t. 2, n^o 209. — H. de la MASSUE : *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion d'abus de droit*, Rev. trim. dr. civ. 1948, p. 27 et suiv. — R. RODIERE : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed^o, V^o RESPONSABILITE (en général), n^o 75.

(5) J. VIDAL : *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Thèse, Toulouse 1957, Paris, Dalloz 1957, p. 123.

(6) G. BERLIOZ : *Le contrat d'adhésion*, Thèse, Paris 1971, Paris L.G.D.J. 1973 (Bibl. dr. privé, t. 132, préf. B. GOLDMAN), n^o 229 et 230.

(7) Sur l'obligation de renseignements dans l'exécution des conventions, cf. : G. DURRY : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 412 (n^o 15 in fine). — A. RIEG : op. cit. n^o 80.

(8) La loyauté engendre dans ces hypothèses des obligations positives pour le créancier. Nous ne reprendrons pas la terminologie proposée par Mr FARJAT qui, dans les implications de la bonne foi, oppose l'obligation de loyauté, toute négative, à l'obligation de coopération, toute positive. La loyauté interdirait simplement au créancier de rendre plus onéreuse l'exécution du contrat (G. FARJAT : *Droit privé de l'économie*, t. 2, *Théorie des obligations*, pp. 275 et 276). — Il nous apparaît au contraire que le vocable de loyauté contractuelle peut recouvrir des obligations positives, comme le devoir de vigilance qui ne saurait s'intégrer à l'obligation de coopération, même s'il s'y apparente.

450. — Rôle dans le cautionnement. Le cautionnement ne requiert pas, en règle générale, plus de loyauté ou de bonne foi dans son exécution que n'importe quel autre contrat. S'il doit y avoir de la part du créancier un minimum de considération pour son débiteur (1), la loyauté que l'on attend de lui n'y reçoit pas de sanction particulière.

La situation est notablement modifiée lorsqu'apparaissent les droits préférentiels en garantie de l'obligation principale. De général et abstrait qu'il est dans la majorité des contrats, le devoir de loyauté se concrétise en une vigilance particulière qui est exigée du créancier. Que le législateur, par l'intermédiaire de l'article 2037 C. civ., renforce le devoir de loyauté du créancier ne fait pas de doute. Il reste cependant à déterminer pourquoi le principe général de bonne foi, «représentant un idéal de raison et de justice, conforme au fond permanent de la nature humaine» (2) se trouve ainsi à la base du texte. L'affleurement de la notion de bonne foi dans l'article 2037 C. civ. a déjà pour effet d'en éclaircir certains aspects, notamment son application aux seuls droits préférentiels que la caution a eu la possibilité de prendre en considération (3 et 4). Le pourquoi d'une telle influence de la bonne foi réside justement dans l'existence de ces droits préférentiels et de leur considération par la caution.

β - Intérêt commun

451. — Variabilité de l'intérêt de la caution. Le cautionnement est en règle générale un contrat unilatéral dans lequel la caution ne recherche pas directement une contre-prestation que lui fournirait le créancier. Il n'en demeure pas moins qu'elle peut trouver dans l'exécution de l'opération principale

(1) L'on a ainsi pu noter qu'il «existe en quelque sorte un principe inexprimé dans notre droit du cautionnement, à savoir que le créancier ne doit pas rendre pire la situation de la caution» : M. DAGOT : *De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution*, J.C.P. 1973, I, 2577, n° 3.

(2) F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd° (1954), n° 15, p. 33.

(3) Cf. infra n° 458 et 459.

(4) Ainsi se vérifie la pensée de M. G. Del VECCHIO qui écrivait : «Lorsqu'il y a correspondance... entre ce qui se déduit rationnellement de la nature intrinsèque des choses et les dispositions législatives expresses, lorsque, en d'autres termes, le droit naturel s'est transfusé dans le droit positif, les principes généraux vivent et agissent au sein des règles particulières elles-mêmes, etc... les conséquences ne sont pleinement intelligibles que grâce aux principes». *Les principes généraux du droit*, Mélanges F. GENY, t. 2, Paris, Sirey, pp. 69 à 84, spécialement p. 82. — J. BOULANGER : *Principes généraux du droit et droit positif*, Mél. RIPERT t. 1, pp. 51 et suiv..

la satisfaction d'un intérêt personnel (1). Par delà cette considération de l'opération dans son ensemble, on peut trouver dans le contexte du cautionnement différents intérêts, d'un domaine plus circonscrit, qui motivent la caution. Ainsi en est-il de l'intérêt qu'elle peut porter aux droits préférentiels dont le créancier est titulaire.

Ces droits préférentiels que détient le créancier n'ont pas nécessairement sur la caution une influence stéréotypée et toujours égale. Il apparaît au contraire que l'intérêt qu'ils suscitent chez la caution est fort variable. Sa mesure est très délicate, comme toute considération partiellement psychologique. Un critère apparaît cependant dans le profit que peut trouver la caution à s'engager pour favoriser l'opération principale. Plus la relation économique entre la caution et l'opération principale est étroite, moins la considération des droits préférentiels sera déterminante.

Au plus la caution peut s'engager sans que la possibilité du recours contre le débiteur ne l'intéresse : tel est le cas lorsque les patrimoines de la caution et du débiteur sont intimement liés ou mêlés. Ils sont liés dans l'hypothèse où la caution est un dirigeant de droit ou de fait de la société débitrice principale. Ils sont mêlés lorsque la caution est un parent, et plus encore le conjoint, du débiteur principal. Dans tous les cas la caution n'a pas en vue son remboursement après paiement. L'intérêt que présentent pour elle les droits préférentiels du créancier est différent parce que son attention est toute entière focalisée sur la prestation du créancier.

(1) Cet intérêt personnel sert d'ailleurs de critère à la qualification de la nature, civile ou commerciale, du cautionnement. Si l'intérêt personnel (qu'il faut rechercher au plan économique plus qu'au moral) de la caution a été déterminant de son engagement, la Jurisprudence décide qu'il confère à l'acte un caractère commercial. Parmi une jurisprudence très fournie, cf. pour leur netteté : Com. 28 octobre 1968, Bull. civ. 1968, IV, n° 293 ; J.C.P. 1969, II, 15884, note R. PRIEUR. — Com. 7 juillet 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 262, p. 249 ; D. 1970, 14. — Com. 4 juin 1973, D. 1973, Somm. p. 129. — Com. 11 juin 1976, Bull. civ. 1976, n° 193, p. 167 ; Banque 1977, pp. 344 à 346 (1ère esp.), obs. L.M. MARTIN.

Cette position soulève une vive controverse en Doctrine ; cf. notamment : C. LYON-CAEN : note au Sirey 1906, I, pp. 433 et 434 sous Req. 21 mai 1906. Et sur le même arrêt, comp. le rapport du conseiller MARIGNAN reproduit au Dalloz, 1907, I, pp. 91 à 93. — M. VASSEUR, obs. au Recueil général des lois et de la jurisprudence (Rép. Comaille) 1957, pp. 30 et suiv., Paris 27 avril 1956, et p. 310 sur Lyon, 14 février 1956. — F. GORE : note au Dalloz 1957, pp. 166 à 169 sous Lyon 14 février 1956. — J.F. MARTIN : note à la Revue de jurisprudence commerciale (Journal des agrégés), 1967, pp. 508 à 610 sous Com. 24 novembre 1966. — R. PRIEUR : note au J.C.P. 1969, II, 15884 sous Com. 28 octobre 1968. — R. CONTIN et H. HOVASSE : note au Dalloz 1971, pp. 605 à 607 sous Com. 10 février 1971.

Certains auteurs proposent d'y voir la préfiguration de l'influence du droit des affaires (R. CONTIN et H. HOVASSE : note précitée in fine, p. 607, 2^e col.) « applicable à tous ceux qui - commerçants ou non - seraient mêlés à la vie des affaires » (M. VASSEUR, obs. précitée, p. 310). Ceci dénote en tous cas l'importance accordée par la Jurisprudence et par les auteurs au contexte de l'engagement de la caution.

A l'inverse, la caution qui n'est pas intéressée de près à l'opération principale attachera une plus grande importance à la facilité accrue de remboursement. L'ami qui rend service au débiteur, la société de caution mutuelle qui respecte son règlement intérieur, le banquier qui recherche une commission lucrative sans débours de fonds, n'ont qu'un intérêt indirect à la réalisation de l'opération principale ; en revanche le cautionnement présente pour eux un intérêt direct. Leur propre sort se dissocie de celui du débiteur et les droits préférentiels du créancier recouvrent à leurs yeux une valeur accrue.

On peut déduire de cette comparaison que l'intérêt présenté par les droits préférentiels du créancier est pour la caution inversement proportionnel à l'intensité de son intérêt dans l'obligation principale. La contemplation des sûretés lors de l'engagement ne peut donc être présentée comme la cause ou la condition de tous les cautionnements donnés en parallèle avec d'autres sûretés. La finalité de l'engagement de la caution est pour elle trop variable pour s'accommoder d'une systématisation (1) ; en tenant compte de la diversité des situations, un effort peut cependant être tenté.

452. — Existence de l'intérêt pour les droits préférentiels. L'intérêt que la caution peut porter aux droits préférentiels qui assortissent la créance principale doit être nuancé en raison des buts différents qu'elle peut viser.

La caution retirant du cautionnement un intérêt direct (salaire ou satisfaction morale) place dans les droits préférentiels le même espoir que le créancier : obtenir grâce à eux un remboursement aussi complet que possible. Différent est l'intérêt de la caution qui ne s'engage qu'en vue de l'avantage économique que lui apportera indirectement l'opération principale. En raison des relations étroites entre son patrimoine et celui du débiteur, cette caution sait qu'elle ne paiera qu'au cas d'insolvabilité affirmée du débiteur. Le recours en remboursement qu'elle lancera alors contre le débiteur aura principalement pour but de soustraire la valeur de sa créance du gage des autres créanciers. L'utilité des droits préférentiels sera alors de faciliter la distraction d'un bien ou d'une valeur. L'intérêt que présentent ces droits pour la caution n'apparaît donc qu'en cours d'exécution. Il ne réside pas dans la facilité accrue de remboursement, comme au cas général, mais dans la préférence que donnent les droits spéciaux du créancier.

Quoi qu'il en soit de la consistance de l'intérêt, il n'en demeure pas moins qu'il existe toujours pour la caution, au moins lors de la subrogation. Comme par ailleurs l'intérêt du créancier pour les droits préférentiels n'a pas, sur le plan de principe, à être démontré tellement son évidence l'établit, il y a donc toujours communauté d'intérêt entre la caution et le créancier quant à la conservation des droits préférentiels.

(1) Et l'on sait « l'importance toute particulière » que revêt la finalité « dans un système juridique qui, comme le droit français, est dominé par le principe de l'autonomie de la volonté ». R. PERROT : *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, Paris 1947, n° I, p. 4.

453. — Communauté d'intérêt ; conséquences. La communauté d'intérêt existant entre le créancier et la caution ne suffit pas pour faire du cautionnement un contrat d'intérêt commun au sens qu'a donné la jurisprudence à cette formule dans la théorie du mandat d'intérêt commun. La notion même de contrat d'intérêt commun n'est pas entrée en droit positif (1). Mais si la jurisprudence refuse d'étendre la notion, ceci ne concerne que la construction d'une théorie de la rupture de ces contrats. Or l'intérêt commun apparaît à bien d'autres niveaux et suscite bien d'autres modifications du droit commun des contrats. La notion déborde largement celle retenue en jurisprudence, tant dans son contenu (2) que dans son influence.

Mr le Doyen CORNU a explicitement proposé d'ériger en catégorie spéciale les contrats d'intérêt commun, cette catégorie se caractérisant par le particularisme des règles d'exécution de ces contrats (3). D'autres auteurs opposent les

(1) Cf. sur ce point B. HOUIN : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris 1973 (dactyl.). Cet auteur consacre un sous-titre aux « règles particulières aux contrats d'intérêt commun » (pp. 289 à 456) mais reconnaît que seul le mandat revêt cette qualification (n° II-133, p. 293 ; et n° II-220 et suiv., pp. 407 et suiv.). Même les conventions proches du mandat (commission, courtage, agence de publicité, concession commerciale exclusive) ne peuvent en bénéficier (ibidem).

(2) Les tribunaux ne sont pas très explicites sur la définition de l'intérêt commun retenu en matière de mandat. La doctrine est divisée à ce propos. J. CATONI ne retient l'intérêt commun « que lorsque le mandat se présente comme une convention accessoire indivisiblement liée à un autre contrat auquel il emprunte son irrévocabilité ». *La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*, Thèse, Paris 1969, Sirey 1969 (et Bibl. dr. com. t. 22, préf. J. GAUTHIER) n° 22, p. 17. — La majorité des auteurs (cf. les références données par B. HOUIN, thèse précitée, n° II-136, note 1, p. 298) reconnaît à l'insertion du mandat dans un rapport juridique plus vaste la qualité de critère de l'intérêt commun. Mais le désir de précision pousse à rechercher un élément plus concret pour cerner l'intérêt des parties à l'exécution du contrat. A la suite de plusieurs décisions, notamment un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, il fut proposé de le trouver dans « les droits directs et concurrents [des deux parties] sur l'objet du mandat » (Lyon 12 mars 1974, J.C.P. 1974, IV, p. 224 ; Rev. trim. dr. com. 1974, p. 578, n° 8, obs. approbatrices J. HEMARD). — Ajoute également dans ce sens : P. LEVEL : note au J.C.P. 1967, II, 15085 sous Paris 22 décembre 1966. — G. LAMBERT : note au Dalloz 1970, pp. 145 à 147. — A. ROLLAND : note au Dalloz 1975, pp. 452 à 458 sous Amiens 13 décembre 1973, spécialement p. 456, 2^e col. — Mais la nature du droit du mandataire est très délicate à dégager et Mme BERLIOZ-HOUIN renonce à le qualifier (thèse précitée, n° II-162, p. 333 à n° II-168, p. 342) et se rabat sur une « vocation à participer au courant d'affaires » créé par le mandataire (ibidem n° II-168, p. 342). Comp. cependant G. RIPERT (*Une nouvelle propriété incorporelle : La clientèle des représentants de commerce*, chronique Dalloz hebdomadaire 1939, pp. 1 à 4) et G. CORNU (obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1964, p. 577) qui rapprochent ce mandat d'intérêt commun de la société, « modèle achevé de contrat d'intérêt commun » (G. CORNU ; obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1973, n° 4 in fine, p. 147). Le contenu de la notion d'intérêt commun n'en demeure pas moins toujours aussi flou.

(3) « Dans la classification des contrats, la catégorie des contrats d'intérêt commun demanderait, sans doute, à être élaborée ». Rev. trim. dr. com. 1973, p. 147.

contrats de collaboration aux contrats antagonistes (1), les premiers bénéficiant d'un régime d'extinction original dans ses conséquences (2). La proposition est séduisante et, bien que formulée à propos des contrats synallagmatiques et onéreux se rapprochant de la société (3), elle doit être étendue aux contrats unilatéraux et gratuits (4). C'est parmi eux qu'elle trouvera matière à s'épanouir, en raison de l'adéquation de l'idée qui l'anime avec les fondements des contrats unilatéraux.

L'intérêt commun a pour conséquence de modérer l'égoïsme de chaque partie, d'imposer à chacun l'obligation « d'assumer... dans une certaine mesure, l'intérêt » de l'autre (5). Dans le cautionnement, cette conception revient à mettre à la charge du créancier, uniquement en ce qui concerne les droits préférentiels, un devoir de vigilance (6). La loyauté du créancier à l'occasion de l'opération d'exécution du cautionnement devra être accrue dans la surveillance, la conservation ou l'utilisation des droits préférentiels. Toutes ces notions sont en lisière de la bonne foi telle que l'article 1134 al. 3 C. civ. l'exige. Cependant, même confortée par l'intérêt commun des parties, la bonne foi ne suffit pas à expliquer, seule, l'exception de subrogation.

L'aspect préventif, symptomatique de la déchéance, puise ailleurs son fondement. Il sépare la caution des autres solvens subrogés qui peuvent invoquer contre le créancier un manquement au devoir de loyauté. Tout solvens subrogé dans les droits d'un créancier désire bénéficier par cette technique de droits préférentiels. Même s'il pouvait exiger du créancier qu'il les lui conserve intacts, l'inexécution de cette obligation ne pourrait se résoudre qu'en dommages-intérêts. La réparation serait postérieure ou au moins concomitante à l'apparition du préjudice. Au contraire pour la caution le dommage est évité par une décharge anticipée. Pour justifier cette faveur il faut recourir à la notion d'équité et au caractère accessoire du cautionnement.

(1) M. JEANTIN : La réforme du droit des sociétés par la Loi du 4 janvier 1978, D. 1978, chron. pp. 173 à 188, spécialement n° 8, p. 174. — P. DIDIER : Droit commercial, Thémis, P.U.F., p. 361.

(2) M. CABRILLAC : Remarques sur la théorie du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges G. MARTY, Toulouse, 1978, pp. 235 à 254, spécialement n° 17, p. 246.

(3) Op. et loc. cit. à propos d'un contrat de publicité. — Adde : Rev. trim. dr. civ. 1967, p. 189 (in n° 4) pour un contrat de lancement (impresario d'un peintre) ; même revue 1972, p. 611 (in n° 1) pour le contrat publicitaire de vente d'immeuble à construire ; même revue 1974, p. 166 (in n° 2) pour un contrat d'entreprise mobilière (garagiste).

(4) Cf. du même auteur la suggestion d'un intérêt commun dans le prêt à usage d'un chariot dans un magasin libre-service entre le fournisseur et le consommateur. Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 588 (in n° 4). L'intérêt commun en ce cas faciliterait la mise en jeu de la responsabilité du prêteur.

(5) G. CORNU : Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 166.

(6) La formule de « vigilance du créancier » est d'ailleurs utilisée, dans le même ordre d'idées, par T. IVAINER, note au Dalloz 1973, pp. 316 à 319, spécialement p. 317.

2° - *L'équité renforcée par le caractère accessoire du cautionnement*

454. — **Notion et rôle de l'équité.** La caution qui s'engage aux côtés du débiteur le fait pour satisfaire un intérêt moral ou pécuniaire qui, en tout cas, ne réside pas dans le contrat du cautionnement. Celui-ci demeure un contrat gratuit (1). Greffé sur l'obligation principale, il ne donne à la caution qu'un rôle de deuxième plan ; son caractère accessoire impose cette position. La caution ne peut donc pas surveiller le déroulement de l'opération économique qu'elle garantit ; n'ayant pas de relation avec le créancier, elle n'est pas à même de vérifier la loyauté de sa conduite.

L'équité, qui ne retient de la morale que « ses applications spéciales et relatives aux conflits d'intérêt humain » (2) intervient pour protéger davantage la caution et lui éviter un préjudice trop grave (3). Le législateur, pour compenser l'inégalité entre créancier et caution (4), peut s'appuyer sur ce principe général (5). Définie comme « une sorte d'instinct qui, sans faire appel à la raison raisonnante, va, de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique » (6) l'équité n'est pas isolée du droit mais « y est enfouie à faible dose » (7). « Transcendante, l'équité n'en est pas moins présente, ici ou là, dans l'ordre juridique » (8) et se trouve généralement révélée par une situation qui appelle un surcroît d'égalité (9). L'équivalence nécessaire des protections assure « à côté d'autres

(1) Comp. cependant M. BOITARD : *Les contrats de services gratuits*, Thèse, Paris 1941, Sirey 1941, spécialement p. 157 et suiv. qui n'examine pas le cautionnement au sens strict (rapports créancier-caution) mais seulement au sens large, en y incluant les rapports caution-débiteur. Les critères développés par cet auteur sont inapplicables au cautionnement. Nous persistons cependant à le classer dans les contrats de services gratuits.

(2) R. SAVATIER : *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse, Poitiers 1916, Paris 1916, p. 260 in fine.

(3) En ce sens la formule de la Cour de cassation : « Le principe d'équité sur lequel est fondé l'article 2037 C. civ. n'en permet pas l'application lorsqu'il n'y a ni faute ni préjudice ». Civ. 19 janvier 1863, D.P. 1863, 1, 86 ; S. 1863, 1, 187.

(4) Il est remarquable que les déchéances légales soient en général une mesure de protection du plus faible : de l'enfant contre ses parents indignes, du nu-propriétaire contre l'usufruitier abusif, de l'époux victime contre l'époux coupable du divorce,...

(5) « La référence à l'équité constitue l'un des postulats implicites de tout ordre juridique... L'équité... sera un guide pour le législateur... en vue d'un droit plus humain et plus sûr », J. RENAULD : *Principes généraux du droit et équité*. Miscellanea W.J. GANSHOF VAN DER MEERSH, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 879 à 897, spécialement pp. 896 et 897.

(6) F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e ed°, t. 2, 1954, n° 163, pp. 109 in fine et 110.

(7) G. CORNU : Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 368 (n° 3 in fine).

(8) G. CORNU : *ibidem*.

(9) F. GENY a insisté, dans sa *Méthode d'interprétation* sur le « principe de l'équilibre des intérêts en présence [qui] doit guider le jurisconsulte interprète du droit aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume » : t. 2, précité, n° 173, p. 167.

institutions juridiques, et parfois contre elles, le règne de l'équité» (1). Alors qu'au temps d'Aristote elle n'avait pour fonction que d'adoucir la rigueur de la règle légale, «de nos jours nous assistons à l'attribution d'une mission nouvelle à l'équité : au nom de l'équité, on fait pénétrer dans le droit des notions purement morales» (2). Le bénéfice de subrogation est une application par le législateur de cette fonction nouvelle attribuée à l'équité (3).

Ayant ainsi amené «la disposition spéciale au droit des principes supérieurs, d'où découlent comme à la verticale, les maximes surabondantes qui baignent et qui trempent tout l'ordre juridique» (4), nous avons pu «donner à l'interprétation son plein volume et son relief véritable» (5). L'analyse de l'article 2037 C. civ. a permis d'en dégager les racines profondes et les lignes de force qui inspireront ensuite son interprétation et son application (6).

455. — Résumé. Le bénéfice de subrogation repose sur le devoir de loyauté du créancier et sur l'équité. Ces deux notions, générales et transcendantes, sont renforcées en l'espèce l'une par l'intérêt commun des parties, l'autre par le caractère accessoire du cautionnement.

Le développement des éléments fournis par la rédaction trop concise de l'article 2037 (7) impose une solution nette et unitaire : le bénéfice de subrogation est une déchéance imposée par le législateur au créancier afin de protéger préventivement la caution, pour des raisons d'équité, lorsque le créancier contrevient aux devoirs de bonne foi et de loyauté qui sont rendus plus sévères par l'existence de droits préférentiels.

(1) J. MAURY : *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, Toulouse 1920, t. 1, p. 21.

(2) A. DESSENS : *Essai sur la notion d'équité*, Thèse, Toulouse 1934, éd. Boisseau, Toulouse 1934, p. 104.

(3) Les deux arrêts de la Cour de cassation qui ont réalisé l'unité de la jurisprudence quant aux bénéficiaires de l'article 2037 C. civ. (en l'étendant à la caution solidaire) reposent sur le *caractère accessoire* du cautionnement. (Cass. 17 août 1836, D. 1836, 1, 424 et Req. 29 mai 1838, 1, 402).

(4) G. CORNU : *Rev. trim. dr. civ.* 1969, p. 351.

(5) G. CORNU : *ibidem*.

(6) Le double rapport entre les principes généraux et la règle de droit est donc une nouvelle fois mis en relief. Cf. sur cette question, M. ROTONDI : *Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien*, Mélanges F. GENY (Recueil d'études sur les sources du droit) t. 2, pp. 403 à 422, qui écrit p. 405 : «en admettant que l'équité et les principes généraux doivent être considérés dans les rapports avec la loi écrite comme un prius... il n'empêche que du point de vue connaissance, ils doivent apparaître au juriste comme un posterius. C'est en effet par l'examen de l'ordre juridique concret que nous pouvons arriver à la notion de cette conception de l'équité ou des principes généraux du droit».

(7) En ce sens : J. NIGOUL : *Du cas particulier d'extinction du cautionnement prévu par l'article 2037 du Code civil*, Thèse, 1897, précitée, p. 117.

Puisque «dans les difficultés d'application de la loi une idée d'ensemble [fonde] un principe d'interprétation» (1), il reste encore à mettre le résultat en application en faisant la synthèse des solutions fournies.

Paragraphe 3

SYNTHESE

456. — Finalités - Plan. L'analyse a fourni des principes dont la synthèse démontre la parfaite adéquation au régime du bénéfice de subrogation tel qu'il est établi par le droit positif. Les notions de déchéance, bonne foi et équité permettront de constater que le régime intuitivement organisé par la jurisprudence doit être maintenu (A).

Au surplus la recherche d'un fondement susceptible d'ordonner et d'animer les structures du système n'est pas une pure spéculation juridique, «un simple combat pour le Droit» (2). Elle aboutit à un ordonnancement rationnel du régime du bénéfice de subrogation et à la solution des questions encore en suspens. Trouveront ainsi une réponse le délicat problème de la renonciation à l'article 2037 C. civ. par la caution (B), et diverses difficultés de mise en œuvre du bénéfice (C).

A — Cohésion du droit positif

457. — Bénéficiaires. La bonne foi et l'équité qui puisent une vigueur particulière dans «la nature toute spéciale de l'engagement de la caution [et dans sa] position très digne de faveur» (3) expliquent le domaine d'application du bénéfice de subrogation.

Toutes les cautions, ainsi que l'avaliseur, parce qu'ils sont des débiteurs de second plan, pourront l'invoquer. Il est d'ailleurs symptomatique que

(1) G. CORNU : *Les régimes matrimoniaux*, Thémis 1974, p. 202.

(2) P. MALINVAUD : Note au J.C.P. 1973, II, (17340, I-B., in principio).

(3) G. LAMBERET : *De la subrogation légale au profit de ceux qui étaient tenus avec ou pour d'autres en droit français*, Thèse, Paris 1881, précitée, p. 165.

le droit anglais soit parvenu, par le seul recours à la notion d'«equity», à des considérations très proches des nôtres (1).

En revanche le codébiteur solidaire, même non intéressé à la dette, acquiert une position de premier plan et s'intègre totalement à l'opération. Pour cela, il renonce aux avantages de la position de caution et ne peut donc compter sur le secours de l'équité : l'article 2037 C. civ. ne peut lui bénéficier (2).

458. — Droits préférentiels. De la même façon que la bonne foi et la loyauté imposent de ne rendre le créancier responsable que de sa faute, elles déterminent les droits qui sont protégés par le bénéfice de subrogation.

Les droits préférentiels sont les seuls sur lesquels le créancier ait un pouvoir spécial, personnel : pouvoir de les exiger du débiteur lors de la conclusion du contrat, pouvoir de les inscrire ou de les faire enregistrer, pouvoir de surveiller et modifier cette inscription, pouvoir de demander au débiteur des comptes sur l'état de l'assiette du droit. Au contraire le patrimoine du débiteur envisagé dans son universalité n'ouvre au créancier aucune possibilité semblable. La généralité du droit de gage en affaiblit la force et il perd en efficacité ce qu'il gagne en étendue. Créancier et caution sont à son égard sur un pied d'égalité et doivent tous deux observer la même vigilance (3).

De la même façon équité et bonne foi justifient le partage fait parmi les droits préférentiels entre ceux qui seront couverts et ceux qui ne le seront pas. Le créancier doit évidemment éviter la déperdition des droits préférentiels dont la caution connaissait l'existence lorsqu'elle s'est engagée ; la loyauté impose non seulement la conservation des droits préexistants mais aussi l'inscription et la conservation des droits que le créancier s'est engagé à obtenir. La jurisprudence lui impose le même devoir de conservation pour les droits qui naissent en cours d'exécution du contrat à condition qu'ils trouvent leur origine dans une faveur légale : privilège, droit de rétention, de résolution... Il est impossible de soutenir que la caution a contemplé ces droits lors de son engagement.

Seule la notion de bonne foi fournit une explication : le créancier bénéficie d'une faveur qu'il ne peut gaspiller sans créer d'injustice au détriment de la caution ; sa négligence ou son insouciance dans la préservation de ces droits préférentiels constituerait une déloyauté sanctionnée par la déchéance.

En revanche les droits que le créancier a pris la peine de constituer lui-même, en sus du cautionnement et après que l'engagement de la caution ait été conclu,

(1) «Le codébiteur, qui n'est que caution dans les rapports avec le débiteur principal» peut invoquer la perte des sûretés pour se libérer, à condition que la nature de ses relations avec le débiteur ait été portée à la connaissance (notice) du créancier». M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse, Paris 1974, dactyl., p. 141. C'est bien le contexte de l'engagement de la caution qui régit son droit au bénéfice de subrogation.

(2) C'est d'ailleurs la seule différence pratique entre le codébiteur non intéressé à la dette (art. 1236 C. civ.) et la caution solidaire ; Cf. P. SIMLER : *J. Cl. civil*, art. 2034-2039, n° 194.

(3) Cf. en ce sens : T. IVAINER, note au Dalloz 1973 précitée, I-B, p. 318.

ne présentent pas les mêmes caractéristiques. Ils peuvent certes bénéficier à la caution indirectement en diminuant sa dette si le créancier les liquide avant de la poursuivre ; mais ils ne peuvent porter préjudice au créancier en étant la cause de la perte de son recours. L'équité penche ici en faveur du créancier que l'on ne peut sanctionner d'avoir perdu un droit superflu qu'il n'était pas contraint de prendre (1).

Enfin le fondement retenu explique la position des tribunaux quant à la nécessaire utilité de la subrogation. Il ne suffit pas que le créancier conserve le titre préférentiel, il faut encore que le contenu du droit n'ait pas perdu toute valeur par sa négligence. Au créancier de contrôler que l'assiette du privilège qu'il inscrit est effectivement celle qu'il escompte ; au créancier de refuser tout acte susceptible d'amoinvrir la valeur de cette assiette : sa vigilance doit être celle d'un honnête père de famille qui assume la sauvegarde de son intérêt personnel immédiat et de l'intérêt de la caution à plus long terme.

459. — Préjudice. L'utilisation du préjudice souffert par la caution comme élément de modulation de sa décharge participe également des idées d'équité et de bonne foi dans l'exécution des conventions. C'est en proportion du risque qu'elle encourt que la caution sera déchargée. L'équité conduit à trouver une protection efficace qui ne nuise pas au créancier plus qu'il n'est utile. Le bénéfice de subrogation ayant pour but d'éviter à la caution qu'une insouciance ou une négligence du créancier n'aggrave son sort, il est légitime de proportionner la protection à l'aggravation encourue (2). C'est seulement dans la mesure où les droits préférentiels, mieux conservés ou mieux utilisés, auraient effectivement procuré à la caution une facilité plus grande de remboursement ou une diminution de sa dette qu'elle pourra invoquer sa libération. La finalité protectrice de la déchéance intègre fort aisément une telle règle : pour qu'elle s'applique il faut qu'un péril menace la caution ; seule la perte de droits préférentiels ayant conservé leur valeur constitue un risque de préjudice suffisant.

(1) Mais il ne faut pas non plus pénaliser la caution qui a considéré cette sûreté supplémentaire pour modifier son attitude. Prenons l'exemple d'un cautionnement général et illimité ; la situation du débiteur est en train de s'aggraver et la caution est sur le point de résilier sa garantie ; le créancier obtient alors une sûreté supplémentaire (réelle ou personnelle) ; en fonction de cela, la caution diffère son intention de résilier. Si le créancier perd fautivement la sûreté supplémentaire, les juges seront en droit de lui appliquer la déchéance de l'art. 2037 C. civ. — C'est donc une affaire d'espèces : la loyauté du créancier s'entend au regard des situations du débiteur et de la caution ainsi que de la sienne propre.

(2) A noter qu'en ce domaine encore le droit anglais qui repose sur la seule «équité» et le droit français se rejoignent. Pour la position anglaise cf. M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en droit anglais*, Thèse précitée, p. 139 in principio. Comp. cependant les conclusions de cet auteur (th. précitée, p. 154) qui affirme qu'«en droit français, la liaison n'est pas faite clairement entre la notion générale d'équité... et la règle spécifique...» du bénéfice de subrogation. Si l'on écarte ce postulat du raisonnement tenu, on constate un net rapprochement des deux droits.

La synthèse des éléments dégagés par l'analyse renforce donc le droit positif en lui donnant une cohérence qui lui faisait défaut. «L'explication a une valeur en soi, et, à la vérité, l'utilité peut être donnée, comme par surcroît» (1). La formule éclaire notre matière dans laquelle l'intérêt d'un fondement est décuplé par la présence des problèmes encore en suspens.

B — Renonciation au bénéfice de subrogation

460. — Refus d'une suppression globale de l'art. 2037 - Plan. L'avantage conféré par l'article 2037 C. civ. à la caution est si important que les créanciers en position de force imposent par des renonciations diverses la suppression de ce bénéfice. Les banques développent particulièrement cette pratique et la majorité des formulaires, si succincts soient-ils, comportent au moins une clause y tendant.

La caution n'étant pas un débiteur comme un autre et s'estimant souvent injustement frappée par le sort lorsqu'elle doit s'exécuter, les litiges se sont multipliés à propos de ces renonciations qui suppriment un moyen susceptible de la libérer. Certains tribunaux ont cherché des arguments pour la soulager tandis que d'autres appliquaient rigoureusement les règles juridiques.

Afin de résoudre ces difficultés et d'éviter que le bénéfice de subrogation ne suscite de vains espoirs chez la caution et des craintes raisonnées chez le créancier, un auteur propose ni plus ni moins que «l'abrogation pure et simple de l'article 2037» (2). C'est au nom de la simplification qui résulterait de cette opération qu'une mesure aussi radicale est souhaitée. Qu'il nous soit permis de douter de l'obtention d'un tel résultat.

L'abrogation de l'article 2037 C. civ. ne peut conduire qu'à accentuer «la complexité et le caractère excessivement subtil du mécanisme» (3) reposant sur la subrogation de la caution dans les droits du créancier. L'article 2037 C. civ. a un double effet : accentuer le devoir de bonne foi qui pèse sur le créancier et simplifier la réparation du préjudice causé par la caution en la déchargeant avant que le dommage ne soit réalisé. Dans chacun de ces deux effets le texte a une fonction de simplification évidente : simplification par systématisation du devoir de bonne foi que les contours imprécis du droit commun rendent flous ; simplification par prévention du préjudice que le droit commun n'assurait qu'imparfaitement. En supprimant ce texte on laisse à un droit commun mal adapté le soin de régler une situation fort délicate.

(1) G. CORNU : *Les régimes matrimoniaux*, Thémis 1974, p. 202. (formule déjà notée dans *La réforme des régimes matrimoniaux*, du même auteur, J.C.P. 1967, I, 2128, (le régime matrimonial de droit commun), n° 16.

(2) P. SIMLER : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, n° 47 (Conclusion).

(3) P. SIMLER : op. cit. n° 47.

Cela revient à généraliser les inconvénients reconnus aux renonciations : le remède est alors pire que le mal ! C'est pourquoi nous ne saurions le conseiller.

Les renonciations sont un phénomène tant sociologique que juridique. Leur développement, leur forme et leur validité méritent une étude particulière (a) qui permettra ensuite d'apporter à leur efficacité des limites les maintenant dans un domaine raisonnable (b).

a) Forme et validité des renonciations

Pour obtenir l'exclusion du bénéfice de subrogation le créancier exigera soit une renonciation au seul bénéfice de l'article 2037 C. civ. (1^o), soit une renonciation à la possibilité même de subrogation (2^o).

1^o - Renonciation au bénéfice de l'art. 2037 C. civ.

461. — Modalités. 1) - *Les modalités de ces renonciations sont variables et revêtent de multiples aspects.*

La renonciation vise parfois le mécanisme de l'art. 2037 C. civ. mais non le texte lui-même ; la caution déclare que «son engagement restera valable même si [le créancier] ne pouvait plus la subroger dans ses droits, actions, sûretés, hypothèques et privilèges» (1). Une telle renonciation se caractérise par la description qu'elle fait du mécanisme subrogatoire mais elle n'emporte pas abdication du droit à subrogation. Simplement elle prive la caution du droit de reprocher au créancier l'acte supprimant la subrogation ; au cas où la subrogation reste possible, la caution en bénéficiera.

Ces renonciations sont équivalentes à celles, plus brèves, qui ne visent que le seul article 2037 C. civ. ; nommément désigné, sans plus d'explication (2).

(1) Cette formule est retenue par exemple par le Crédit Agricole Mutuel (formulaire d'emprunt art. 19-4^o) et, dans une formulation différente mais dont le contenu est équivalent, par la Banque Worms (acte de cautionnement - verso, in principio), par l'acte de cautionnement proposé par C. GAVALDA et B. BOULOC in : *Le financement des entreprises*, Paris, Dalloz 1973, pp. 35 à 41, spécialement p. 38, clause IV, et par le Crédit Commercial de France (C.C.F., acte de cautionnement Mod. 3120, verso, 3^e alinéa). Selon ces derniers formulaires, «la caution renonce à se prévaloir de l'impossibilité d'être subrogée dans les droits, actions, hypothèques et privilèges [du créancier]».

(2) Formules de cautionnement de la Société Générale (formule 13, clause 10^o), de la Banque Populaire du Midi (formule réf. 516 - recto, dernier alinéa), de la Compagnie Européenne de Banque (acte d'aval ou de caution, clause 4^o), du Crédit Lyonnais (caution personnelle et solidaire n^o 10.027-1065, verso, 2^e alinéa).

Les dernières enfin cumulent les avantages des deux précédentes et visent l'article 2037 C. civ. tout en expliquant l'étendue de la renonciation (1).

Cette abondance de renonciations ne va pas sans quelques exceptions dont l'explication est variable. Il y a d'abord les formulaires qui ne contiennent aucune renonciation parce qu'ils sont rédigés par la caution et imposés à un créancier en position d'infériorité : ce sont les formulaires de cautionnement bancaire en matière de construction immobilière, de garantie professionnelle ou de «garantie de bonne fin» des prêts hypothécaires notariés (2).

L'absence de renonciation dans certains contrats de cautionnement pré-rédigés par les banques créancières laisse plus perplexe (3); il semble qu'il s'agisse là d'un oubli ou d'une méconnaissance de la pratique générale.

Plus rare et plus curieuse est la formule par laquelle le rédacteur de l'acte souligne le refus d'une renonciation par une mention spéciale précisant que l'intéressé se constitue caution «sous la garantie établie par l'article 2037 C. civ. au profit des cautions» (4).

A mi-chemin entre la renonciation et son refus se situe une renonciation circonstanciée, ne visant qu'une seule hypothèse, et dont nous n'avons trouvé qu'un exemple : le formulaire AFNOR de cautionnement envers l'administration des contributions directes, qui permet au contribuable contestant son imposition d'obtenir un sursis de paiement (5), prévoit ainsi que la caution renonce au bénéfice de l'article 2037 «pour le cas où, la décision intervenant

(1) L'instruction de la Direction générale des impôts n° 217 du 10 décembre 1973 (B.O.D.G.I. 12-A-17-73) instituant ce qu'elle nomme elle-même «un véritable Code du cautionnement... réunissant l'ensemble des dispositions... en matière de taxes sur le chiffre d'affaires, de contributions indirectes, de droits d'enregistrement et de timbre et de produits domaniaux» (ibidem, p. 47) contient une clause de ce genre : art. 4 du «règlement du cautionnement», annexe n° 1 à l'instruction précitée, n° 3751, B.O.D.G.I. 12-A-17, p. 75. — La formule de caution de la B.N.P. (n° 4558, AC - 0031-10-72) est également très complète. Cette renonciation est retenue, sans indication de son origine par Mme BETANT-ROBET, art. précité n° 28, p. 321, et mentionnée dans les mêmes termes par Paris, 5 juillet 1972, dans sa reproduction in Banque 1972, p. 1043-1044, obs. L.M. MARTIN. — Adde la renonciation reproduite dans l'arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 1969, Ch. civile, Bull. 1969, I, n° 313, p. 249.

(2) Sur ces conventions, V. supra note 4, p. 40. — Les conditions de la garantie, tout en étant sérieuses, ménagent à la caution une grande marge de manœuvre. Bien évidemment, il n'y a aucune renonciation au bénéfice de l'article 2037 C. civ., ce qui ne la rend intéressante que pour l'hypothèse où le notaire a commis une erreur ou une insuffisance d'évaluation du bien grevé.

(3) Actes de cautionnement de la Cie Bancaire et valables pour les établissements U.F.B., U.C.B., C.F.E.C., SINVIM et CETELEM. — Actes de caution de la Cie Européenne de Bail (B.A. -0004) concernant le cautionnement du locataire dans un contrat de leasing. — Aval par acte séparé demandé par la Société Générale.

(4) F. MOURLON et JEANNEST St-HILAIRE : *Formulaire général à l'usage des notaires...*, 1882, formule 618, p. 487, ou encore (formule 619, p. 487) : «Il est bien entendu que si l'hypothèque constituée par le sieur B... au profit du sieur C... devient inefficace par le fait ou par la faute de ce dernier, le sieur A... sera de plein droit déchargé de tout engagement envers lui».

(5) Formule N.F.K. 11-577-4 (1972).

plus de deux ans après la mise en recouvrement des rôles, je ne pourrai pas être subrogé au privilège du trésor prévu par l'article 1920 C.G.I.».

En dépit de ces étonnantes exceptions, les renonciations sont nombreuses en matière de bénéfice de subrogation et les auteurs ne manquent pas de le relever (1), allant même jusqu'à affirmer qu'«en fait, toutes les formules de cautionnement en usage portent renonciation de la caution au bénéfice de [l'article 2037 C. civ.]» (2).

Cette pratique paraît être récente et l'intérêt qu'elle suscite en doctrine ne l'est pas moins (3). Apparue dans l'écume du contentieux il y a seulement une dizaine d'années (4), la renonciation à l'article 2037 C. civ. n'était pas courante auparavant. Quelques arrêts épars avant 1967 (5) ont permis au président LESCOT d'affirmer à cette date que «pareille renonciation [était] au reste peu fréquente» (6). La renonciation au droit d'invoquer le bénéfice de l'article 2037 C. civ. prend donc une place de plus en plus importante dans notre droit et ce développement accroît l'acuité du problème de sa validité.

462. — Validité - Conditions. 2) - *Trois éléments* entrent en ligne de compte pour déterminer la validité d'une renonciation : le moment auquel elle est consentie, la nature juridique de l'acte d'abdication au bénéfice, la nature du droit abdicqué. Ces éléments se combinent de telle sorte que leur étude successive n'éclairerait pas le problème. Il faut au contraire, en prenant pour base de raisonnement le moment de la renonciation, ne faire intervenir la nature

(1) Cf. L.M. MARTIN : obs. à la Rev. Banque 1972, p. 1044, sous Paris 5 juillet 1972. — S. BETANT-ROBET : art. précité n° 28, p. 321. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, Paris, Litec 1974, n° 33-B-a) p. 144 in principio. — R. ROBLLOT : *Les effets de commerce*, n° 254, note 8, p. 215, dans sa suite, p. 216. — P. SIMLER : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, J.C.P. 1975, I, 2711, n° 4.

(2) C. GAVALDA et J. STOUFFLET : *Droit de la banque*, 1974, n° 560, p. 767.

(3) Cf. plus particulièrement : S. BETANT-ROBET : art. précité n° 24 à 40, pp. 319 à 326. — P. SIMLER : chron. précitée.

(4) Les décisions jurisprudentielles reproduites ne se multiplient que dans la dernière décennie. Cf. en ce sens l'énumération faite par P. SIMLER, chron. précitée, note 5 (n° 4 in fine). Aux arrêts cités, dont surtout : Com. 12 mars 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 91, p. 92 ; Rev. trim. dr. com. 1969, p. 773, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE. — Civ. 27 octobre 1969, Bull. civ. 1969, I, n° 313, p. 249 ; J.C.P. 1969, IV, p. 288. — Com. 26 juin 1972, Bull. civ. 1972, IV, n° 202, p. 197 et différentes décisions de Cours d'appel. — Adde : Montpellier 1ère Ch. 11 février 1971. Miro c/ Monestier et Garreau (inédit) constatant la renonciation implicite de la caution.

(5) ALEXANDRIE : 4 janvier 1938 ; Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 565, obs. J. CHEVALLIER. — Paris 12 juillet 1952, Banque 1952, p. 713 obs. X. MARIN : Rev. trim. dr. com. 1953, p. 155 obs. M. SCHLOGEL (qui concerne un cautionnement envers l'administration des Domaines).

(6) P. LESCOT : Note au J.C.P. 1967, II, 15301 sous Paris 5 octobre 1966 (II de la note).

de l'acte abdicatif et du droit abdiqué que lorsque leur influence est sensible : pour les renonciations anticipées.

Le temps a une influence certaine sur la validité des renonciations puisque c'est en fonction du degré d'épanouissement de la prérogative abdiquée que cette validité sera plus ou moins vivement contestée. Il faut donc que soit précisé «à partir de quel moment le bénéfice de la règle de droit a été acquis par son titulaire» (1). Le moment de cette appropriation revêt donc une grande importance : «lorsqu'on est en présence de situations juridiques en formation, il est nécessaire de déterminer exactement le moment où elles ont fait l'objet d'une appropriation privée. Ce n'est que postérieurement à cette époque que la situation juridique peut être abdiquée» (2). En progressant par étapes dans la remontée du temps cerné par le contrat de cautionnement, nous verrons qu'à chaque période envisagée correspond une possibilité de renonciation.

463. — Renonciation après l'impossibilité de subrogation. La renonciation intervenant après que l'impossibilité de subrogation ait été réalisée est évidemment valable. La caution qui consent considère que l'attitude du créancier n'est pas empreinte de la mauvaise foi qui l'autoriserait à s'estimer libérée. Cette renonciation est le plus souvent implicite. Elle ne se traduit pas par la rédaction d'un texte mais par une attitude révélant sans ambiguïté la volonté de la caution de s'estimer encore engagée. Ainsi la caution qui commence à rembourser le créancier en connaissance de l'impossibilité de subrogation a renoncé implicitement à invoquer l'article 2037 C. civ. (3).

464. — Renonciation en cours de contrat, avant la perte des droits. Lorsque la renonciation a lieu entre la conclusion du contrat de cautionnement et la perte des droits préférentiels, l'approbation du droit d'invoquer le bénéfice de subrogation ne présente pas le même degré de réalisation. Les conditions posées pour que joue ce bénéfice ne sont pas toutes remplies. S'agit-il d'une renonciation anticipée ou a posteriori ? Les avis sont partagés et les éléments de solution restent confus (4).

La qualification de renonciation anticipée soulève des problèmes de chronologie : à partir de quel moment le droit existe-t-il suffisamment pour que la renonciation soit concevable ; à partir de quand existe-t-il trop pour qu'elle ne puisse être anticipée ? Le recours à la théorie des droits acquis est d'un faible

(1) Y. SEILLAN : *L'acte abdicatif*, Rev. trim. dr. civ. 1966, pp. 686 à 735, n° 35-b, p. 714.

(2) Y. SEILLAN : art. précité, n° 36, p. 715.

(3) Montpellier : 1ère Ch. 11 février 1971, Miro c/Monestier et Garreau (inédit).

(4) S. BETANT-ROBET qualifie une telle renonciation de renonciation a posteriori : art. précité n° 24, p. 319 et n° 25, pp. 319-320. — P. SIMLER (chron. précitée, n° 29 à 31) critique cette position et affirme que «la renonciation postérieure au contrat de cautionnement dont il est question ici entre donc, nous semble-t-il, dans la catégorie de renonciations anticipées».

secours car la distinction entre la simple expectative et le droit définitivement entré dans le patrimoine ne se distingue guère par la précision de ses critères. Si le droit pour la caution d'invoquer l'impossibilité de subrogation est attaché à la qualité de la caution, il est acquis dès la conclusion du contrat ; s'il est au contraire attaché à la perte des sûretés, il demeure éventuel jusqu'à cet instant ! (1).

Dans le contrat de cautionnement la pression du créancier, et surtout celle du débiteur, sont susceptibles d'influencer une renonciation même pendant le cours du contrat. Les rapports de force ne changent pas nécessairement en cours d'exécution. Les motifs qui font distinguer la renonciation anticipée des autres renonciations conservent toute leur vigueur. C'est pourquoi à notre avis une renonciation, même postérieure à la conclusion du cautionnement mais intervenant avant la perte des sûretés, doit être rattachée à la catégorie des renonciations anticipées.

Sans préjuger du sort réservé à celle-ci, on doit constater que les renonciations obtenues en cours de contrat sont considérées par les Tribunaux comme parfaitement valables (2). Elles sont souvent tacites et dégagées par les juges des éléments de la cause (3). L'attitude du créancier qui prévient efficacement la caution de son désir de réaliser une sûreté spéciale ou de la supprimer prend une grande importance. Elle suffit souvent, en cas de silence et d'inaction de la caution à faire présumer sa renonciation (4). Certes, «le raisonnement est loin d'être convaincant» (4) ; déclarer que le bénéfice de subrogation se perd par la seule inaction de la caution, même informée des intentions du créancier,

(1) Le parallèle est saisissant avec le droit au maintien dans les lieux. Selon certains, ce droit serait parfait dès la conclusion du contrat de bail, et à partir de cet instant une renonciation le concernant ne saurait être anticipée. Or ce droit ne peut être effectivement exercé qu'à l'expiration du bail : une qualification d'anticipation jusqu'à cette époque est préférable. D'ailleurs la loi du 1er septembre 1948 (art. 16) prohibe toute renonciation à ce droit avant l'expiration du bail.

(2) Civ. 8 juillet 1913, D.P. 1914, 1, 241 note A.C. ; S. 1914, 1, 365. Cet arrêt n'utilise pas le terme de renonciation mais il considère que la caution qui était prévenue que le créancier allait être mis en demeure de livrer et n'a effectué aucun acte conservatoire s'est implicitement interdit d'invoquer l'article 2037 C. civ. — Paris 5 octobre 1966, J.C.P. 1967, II, 15301 note P. LESCOT ; D. 1967, 115 ; Rev. trim. dr. com. 1967, p. 206, obs. J. BECQUE et M. CABRILLAC.

(3) Si «la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer» (Ch. mixte 26 avril 1974 : D. 1975, 249, note J. BORE ; J.C.P. 1975, II, 18157, concl. GEGOUT), elle «n'est assujettie à aucune forme particulière de preuve» (Civ. 16 mai 1972 ; D. 1973, Som. p. 14, VI^{is} Contrats et obligations) et elle «peut se déduire de faits non équivoques qui l'impliquent nécessairement» (Civ. 10 avril 1964, Bull. civ. 1964, III, n° 173, p. 147).

(4) En ce sens : Paris 5 octobre 1966, précité, dans lequel la Cour insiste longuement sur les diverses demandes du créancier pour conclure que le créancier «avait fait tout ce qu'[il] pouvait faire et... pouvait légitimement penser que [la caution]... consentait implicitement à la vente du gage».

(5) P. LESCOT : note précitée sous Paris 5 octobre 1966, II de la note. — Adde : J. BECQUE et M. CABRILLAC : obs. précitées, p. 207.

«paraît réduire grandement et, sans doute, excessivement la portée de l'article 2037» (1). Sans épiloguer sur l'appréciation de circonstances de fait que les juges du fond émettent en connaissance de cause (2) et sous le contrôle de la Cour de cassation, particulièrement vigilante en la matière (3), il convient d'observer qu'en dehors d'implications propres aux espèces l'intérêt des renonciations en cours de contrat ne se distingue pas de celui des renonciations anticipées insérées dans le contrat lors de sa conclusion.

465. — Renonciation anticipée. La renonciation anticipée à un droit présente la particularité de supprimer non pas un bénéfice que son titulaire détenait mais une expectative, une chance de devenir un jour détenteur du droit. La fragilité de cette expectative et l'anticipation qu'entraîne la renonciation préalable font naître à son égard une suspicion qui impose un contrôle renforcé de sa validité.

Un premier élément de ce contrôle réside dans la nature de l'acte abdicatif mais il n'est d'aucune gêne pour la validité de la renonciation anticipée. La renonciation au bénéfice de l'article 2037 C. civ. est contenue dans le contrat ou lui est annexée et elle est librement discutée entre les parties. Ces caractères l'excluent de la théorie générale des renonciations à un droit qui ne recouvre que les renonciations à caractère unilatéral et abdicatif (4). Ces renonciations stricto sensu sont parfaitement valables même lorsqu'elles sont anticipées (5). Or il est certain qu'«aucune différence de régime ne peut être établie entre les renonciations unilatérales et les renonciations conventionnelles» (6). Au surplus les règles propres qui régissent les renonciations conventionnelles permettent en ce cas leur validité : la convention susceptible de créer un droit peut aussi bien l'empêcher de parvenir à la vie juridique en tuant dans l'œuf le germe du bénéfice. L'anticipation de l'acte ne nuit pas à son efficacité.

(1) J. BECQUE et M. CABRILLAC : *ibidem*.

(2) Aux critiques des commentateurs de l'arrêt de Paris 5 octobre 1966 précités, adde celles de S. BEFANT-ROBET, art. précité, n° 26, p. 320 et de P. SIMLER, *chron.* précitée, n° 34.

(3) Cf. les remarquables observations de J. BORE en note sous Chambre mixte 26 avril 1975 : *Le contenu, la justification et les conséquences du contrôle de la Cour de cassation en matière de renonciation tacite à un droit* : D. 1975, J., pp. 250 à 254.

(4) Cf. notamment dans les écrits les plus récents : P. RAYNAUD : *La renonciation à un droit (sa nature et son domaine en Droit civil)* ; Rev. trim. dr. civ. 1936, pp. 765 à 809, spécialement n° 30, p. 791. — P. MALAURIE : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 1ère éd. 1954, V° RENONCIATION, n° 52. — J.D. BREDIN : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé*. Travaux de l'association CAPITANT, 1959-1960 (t. 13, Paris, Dalloz 1963, pp. 355 à 384), spécialement p. 358. — G. GRAMMATIKAS : *Théorie générale de la renonciation en droit civil (étude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, Thèse, Paris 1970, L.G.D.J. 1971, n° 13, pp. 17 et 18.

(5) P. RAYNAUD : art. précité n° 32, pp. 792 et 793. — P. MALAURIE : V° RENONCIATION, précité, n° 34.

(6) J.D. BREDIN : rapport précité, p. 369.

Le deuxième élément du contrôle, qui concerne la nature du droit abdiqué, n'est pas davantage un écueil. Nous avons déjà vu que la nature du bénéfice légal ne saurait interdire les renonciations puisque celles-ci sont permises pour le droit subjectif qui a atteint la perfection (1). La renonciation même anticipée à un bénéfice est sans aucun doute possible (2), de même que la renonciation à une déchéance (3).

466. — Caractère impératif du bénéfice : de lege lata et de lege ferenda. Seul le caractère d'ordre public du bénéfice de subrogation pourrait faire obstacle à la validité d'une renonciation anticipée. De lege lata, rien ne permet de lui attribuer cette qualité : ni la protection de l'intérêt général ni la sauvegarde de la sécurité publique ne sont en jeu. L'on pourrait certes soutenir que l'article 2037 C. civ. ne prévoit absolument aucune possibilité de renonciation alors que l'article 2021 C. civ. concernant le bénéfice de discussion et l'article 2026 C. civ. le bénéfice de division ont expressément prévu la possibilité d'y renoncer. L'argument ne saurait être déterminant, pas plus que ne l'est l'analogie avec l'article L.121-12 al. 2 du Code des Assurances (ancien art. 36 al. 2 L. 1930) que l'on a qualifié d'impératif (4) mais contre lequel une renonciation est possible (5). Reste enfin la possibilité d'invoquer l'ordre public économique dont l'intervention aurait pour but de préserver l'équilibre nécessaire au sein des relations de crédit. La proposition ne nous paraît guère recevable au plan général, seule une application distributive en fonction de la position de la caution pouvant la justifier (6). A l'heure actuelle donc, le bénéfice de subrogation ne peut être considéré comme d'ordre public et seule une intervention spéciale

(1) Cf. supra n° 97, pp. 117 et 118, l'étude consacrée à la renonciation frappant le bénéfice octroyé par l'art. 2038 C. civ.

(2) G. GRAMMATIKAS : Thèse précitée n° 50, p. 57. — J. CARBONNIER : Rapport précité p. 292 in fine. — J.D. BREDIN : Rapport précité p. 374 in fine et 374. — Contra : F. RIGAUX : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé belge* ; Travaux de l'association H. CAPITANT précités, pp. 385 à 440, spécialement n° 10, p. 399.

(3) Comp. E.M. SALLE de la MARNIERRE : *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit*, Rev. trim. dr. civ. 1933, n° 22, pp. 1083 à 1089. Pour cet auteur les déchéances qui sont à l'entière disposition d'un particulier peuvent ne pas être invoquées par lui (ibid. pp. 1088 et 1089). Il n'y a pas renonciation à la déchéance mais renonciation au droit de l'invoquer. Cette subtilité ne nous paraît pas utile pour sauvegarder la théorie générale des déchéances. Il y a pour nous deux régimes qui sont fonction du droit frappé par la déchéance (cf. supra n° 377 in fine) : en notre matière le droit d'exiger l'exécution par la caution étant purement contractuel, la déchéance le concernant est à la disposition de la personne protégée : la caution.

(4) M. PICARD et A. BESSON : *Les assurances terrestres*, t. 1, 4^e ed° (1975, n° 343, p. 517).

(5) M. PICARD et A. BESSON : op. cit. n° 348, pp. 522 et 523 qui développent une forte et longue argumentation à l'appui de cette solution.

(6) Cf. infra n° 475 et suiv., l'étude de la limite reposant sur ce critère.

du législateur pourrait lui conférer ce caractère (1). Deux degrés de prohibition des renonciations seraient possibles : soit la loi interdirait expressément toute renonciation, soit elle se contenterait de qualifier le texte d'ordre public et permettrait ainsi la renonciation *a posteriori*.

L'interdiction de la renonciation à un bénéfice d'ordre public s'explique principalement par le désir de protéger un co-contractant en position d'infériorité. Une fois le droit définitivement acquis, l'affaiblissement de la volonté de ce contractant n'est plus à craindre. C'est pourquoi « la renonciation à une prérogative d'ordre public... est valable lorsqu'elle a pour objet un droit acquis » (2) ; « la licéité des renonciations faites après coup vient ainsi assouplir l'interdiction des renonciations à des droits d'ordre public » (3).

En l'état actuel du droit positif cependant le bénéfice de subrogation demeure supplétif. Certains auteurs le regrettent (4) et proposent d'ériger le texte en disposition impérative (5), d'autres s'en félicitent (6). Il faut remarquer qu'en conférant au bénéfice de subrogation un caractère d'ordre public l'on créerait un conflit si l'on admettait parallèlement la possibilité générale de renoncer à la subrogation.

2° - Renonciation à la subrogation

467. — Modalités : absence de renonciation générale. Nombre de créanciers professionnels recourent à des formulaires pré-rédigés de cautionnement dans lesquels ils insèrent une litanie de renonciations à leur avantage et de décharges à leur bénéfice. Certains de ces formulaires contiennent une renonciation à la subrogation pour la seule hypothèse où elle ferait apparaître un concours

(1) Une telle mesure législative de protection des contractants en position d'infériorité est intervenue récemment en matière de clauses pénales. Les excès dans la modicité ou l'énormité des sommes stipulées par les créanciers au titre de réparation forfaitaire dans certains contrats (notamment les contrats de crédit-bail mobilier) ont conduit Mr Jean FOYER à déposer une proposition de loi tendant à modifier les articles 1152 et 1231 du Code civil qui est devenue la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975. Ces textes disposent maintenant que « toute stipulation contraire sera réputée non écrite » et prohibent ainsi les renonciations.

(2) H. CAPITANT : note au Dalloz Périodique 1922, 1, 153 sous Civ. 12 décembre 1921. — Adde P. MALAURIE : op. cit. n° 35. — G. GRAMMATIKAS : Thèse précitée n° 62, pp. 70-71.

(3) J. CARBONNIER : rapport précité p. 291.

(4) M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. à la Rev. trim. dr. com. 1969, p. 774 (n° 5 in fine) et 1970, p. 169 (n° 3 in fine). — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la Jurisprudence*, p. 114. — S. BETANT-ROBET : art. précité n° 30, pp. 321 et 322.

(5) Cf. plus particulièrement S. BETANT-ROBET : art. précité n° 38 à 40, pp. 324 à 326 qui apprécie les moyens et les fins d'une telle entreprise.

(6) P. SIMLER : chron. précitée, n° 24 à 27 et spécialement n° 26.

entre la caution subrogée et la banque créancière (1). Nous n'avons nulle part trouvé trace d'une renonciation générale à toute subrogation ; nulle clause n'impose une renonciation à la subrogation dans les droits, privilèges et hypothèques du créancier (2). Encore moins une renonciation générale à toute subrogation (3). Ainsi donc la renonciation à la subrogation n'existe qu'à l'état larvé, dans la seule hypothèse où la subrogation serait susceptible de gêner le créancier dans son action en paiement.

Une renonciation générale à la subrogation serait pourtant avantageuse ; elle permettrait au créancier d'utiliser les sûretés attachées à la créance que paierait la caution pour les affecter à une autre créance contre le même débiteur principal. Elle serait susceptible de dégager intégralement le créancier en cas de perte même intentionnelle des sûretés. Malgré ces avantages la validité d'un échec contractuel au mécanisme de la subrogation légale est fort douteuse.

468. — Validité de la renonciation limitée au risque de concours. La validité de la renonciation à la subrogation dans la limite d'un concours avec le créancier subrogeant ne saurait faire de doute (4). Cette renonciation ne fait d'ailleurs

(1) La formule la plus fréquente stipule que « la caution s'interdit de se prévaloir de toute subrogation... qui aurait pour résultat de la faire venir en concours avec la [Banque (créancière)] ». Entrent dans cette catégorie les formulaires du Crédit Lyonnais, de la Société Générale, de la Banque Populaire du Midi, de la B.N.P., du Crédit Commercial de France, de la Banque Worms. — Ajoute le contrat de cautionnement proposé par C. GAVALDA et G. BOULOC : *Le financement des entreprises*, cas pratique n° 6, Document, Clause IV, p. 38. — Ajoute le « règlement du cautionnement » établi par la Direction générale des impôts, art. 3.

(2) La clause précisant que la caution « renonce à se prévaloir de l'impossibilité d'être subrogée... aux droits, actions, hypothèques et privilèges... (du créancier) » que l'on retrouve sous des formes proches dans les formulaires énumérés à la note précédente, n'est pas une renonciation à la subrogation, même limitée à certains droits. Le droit abdiqué n'est pas la subrogation mais le droit de reprocher au créancier la faute qui supprime la possibilité de subrogation. Ce n'est donc que la renonciation au droit mis en forme par l'article 2037 C. civ. La description du mécanisme du bénéfice de subrogation n'ajoute rien à sa citation, et ces renonciations doivent être assimilées à de simples renonciations à l'article 2037 C. civ. (cf. supra n° 460).

(3) CONTRA : C. GAVALDA et G. PARLEANI : *J. Cl. Com.*, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 36 (1974) n° 133, qui paraissent affirmer que la clause de renonciation à subrogation se rencontre en matière de cautionnement. A l'appui de leurs dires ces auteurs citent deux arrêts : le premier Rouen 15 décembre 1972, est inédit, quant au second (Paris 5 juillet 1972, Banque 1972, p. 1043) il reproduit textuellement la clause contenue dans l'acte de cautionnement de la B.N.P. dont nous venons de voir (note précédente) qu'elle ne vise pas la subrogation elle-même mais simplement le droit de reprocher au créancier sa faute rendant la subrogation impossible. Lorsque la subrogation peut matériellement s'effectuer, la caution en bénéficiera ; ceci serait impossible au cas d'une vraie renonciation à subrogation. C'est cette dernière dont nous affirmons ne pas avoir vu d'exemple.

(4) En ce sens et pour la validité de toute clause de non-concours, Cf. C. GAVALDA et G. PARLEANI : op. cit. n° 134 à 136, et spécialement n° 135. — Ajoute de façon tout aussi générale : J. MESTRE : *La subrogation personnelle* ; Thèse, Aix 1976, Paris, L.G.D.J., 1979, n° 568 à 605, pp. 625 à 658, et spécialement pour le cautionnement n° 600, pp. 653-654. — La Cour de cassation l'a confirmé : Com. 19 décembre 1972 : Bull. civ. 1972, IV, p. 313 ; Gaz. Pal. 1973, 1, Somm. p. 26.

qu'appliquer la règle générale *Nemo contra se subrogasse censetur*, dont il a été dit qu'elle était «de toute justice» (1). Il est normal que le créancier subrogeant veuille éviter que son remplacement par le solvens lui porte préjudice. La constatation, érigée en règle générale par l'article 1252 C. civ. (2), joue même au cas de silence des parties. La règle *Nemo contra se...* jouissant au surplus d'une grande faveur jurisprudentielle (3), l'utilité d'une clause la renforçant est relativement mince ; tout au plus permet-elle d'écarter tout risque que le juge ne décède dans l'attitude du créancier une renonciation à la règle *Nemo contra se...* et d'annihiler la jurisprudence prétorienne qui tolère le concours lorsque la créance payée est simplement chirographaire (4). La renonciation ainsi limitée ne peut avoir qu'une influence très mesurée sur le sort de la caution (5).

469. — Défaut de validité d'une renonciation générale. La validité d'une renonciation à toute subrogation (6) fait autrement problème. Cette question n'a trouvé qu'un faible écho en doctrine et en jurisprudence. Les développements doctrinaux consacrés à la subrogation légale, et particulièrement à celle prévue par l'article 1251 - 3^o/C. civ. qui concerne la caution, restent souvent muets sur la question de la renonciation (7) et seule une étude particulière sur la matière a soulevé le problème (8). Quant aux auteurs traitant de la

(1) C. AUBRY et C. RAU : t. 4, 6^e ed^o, par E. BARTIN, § 321, note 89, p. 292.

(2) Sur ce texte et sur ses limites : Cf. M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, op. cit. t. 7, n^o 1237 et 1238, pp. 647 à 649.

(3) En ce sens J. MESTRE : op. et loc. cit.

(4) Req. 1 août 1860, D.P. 1860, 1, 502. — Req. 13 février 1899, D.P. 1899, 1, 246.

(5) Sur cette influence, cf. J. MESTRE : thèse précitée, n^o 600, note 87, pp. 653 et 654.

(6) Nous entendons par là aussi bien une renonciation générale à la subrogation légale que la renonciation à la subrogation dans les «droits, privilèges et hypothèques du créancier» dont l'objet aurait une étendue aussi grande.

(7) C. AUBRY, C. RAU et E. BARTIN : t. 4, 6^e ed^o 1942, § 321, pp. 263 à 294. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE : Traité théorique et pratique de droit civil, t. 2, 3^e ed^o (1907) n^o 1541 à 1575, pp. 640 à 683. — M. PLANIOL, G. RIPERT et J. RADOUANT : t. 7, 2^e ed^o (1954) n^o 1219 à 1247, pp. 625 à 657. — *Juris. Cl. civ.*, art. 1249-1252, fasc. I à VI, par P. JAUBERT (1961). — *Encycl. Dalloz*, Répertoire de dr. civ., V^o SUBROGATION par A. PONSARD, 1^{ère} éd. 1955. Cet auteur ne consacre qu'une phrase à la renonciation à subrogation, n^o 178, reproduite in n^o 185 de la 2^e ed^o par A. PONSARD et P. BLONDEL (1976). L'affirmation qu'elle contient sera discutée infra. — M. MEURISSE : Une institution pleine d'avenir : la subrogation de l'article 1251-3^o, Gaz. Pal. 1968, 1, Doctr. pp. 67 à 74.

(8) J. MESTRE : Thèse précitée, n^o 350 à 352, pp. 407 à 410, qui analyse la renonciation à la subrogation en une renonciation à un droit de créance et, par ce biais, la considère comme impossible, qu'elle soit anticipée ou effectuée postérieurement au paiement. Le raisonnement, qui repose tout entier sur la prohibition des renonciations à une créance, ne peut être retenu si l'on réfute cette limite au droit de renoncer qui ne se justifie que dans la conception étroite des renonciations unilatérales.

renonciation, ils sont généralement aussi laconiques que favorables à cette renonciation à toute subrogation (1).

Mieux encore que cette rareté des recherches théoriques, le vide que laisse la pratique en ce domaine rend compte du malaise que fait naître l'idée de renonciation à toute subrogation. Cette impression est traduite par une interrogation inquiète de certains auteurs : «l'interdiction de se prévaloir de toute subrogation peut-elle s'appliquer aux cas de subrogation légale édictée par la loi ?» (2).

La jurisprudence n'apporte pas de réponse plus claire à cette question. Un seul arrêt, fort ancien, (3) se rapporte à la matière. Mais il s'agissait en l'espèce d'un «abandon» du bénéfice de la subrogation dans un privilège et des hypothèques, abandon qui survenait après que la subrogation se soit accomplie. Au mieux donc il ne s'agissait que d'une renonciation a posteriori dont nous savons qu'elle est toujours valable même lorsqu'elle porte sur un droit d'ordre public ; et encore ne concernait-elle qu'un cas de renonciation prévu par la loi, en l'espèce l'article 2180 C. civ. qui dispose : «les privilèges et hypothèques s'éteignent... 2^o/ par la renonciation du créancier à l'hypothèque».

Un arrêt plus récent effleure la possibilité d'une renonciation générale à la subrogation (4). La cour de cassation, en affirmant que «l'acceptation du mandat n'impliquait pas nécessairement la renonciation de SANTIAGO [le mandataire] à la subrogation prévue par l'article 1251-3^o du Code civil» semble admettre implicitement la validité d'une telle renonciation. Cependant la haute juridiction s'attache davantage au contrôle de la réalité de la renonciation qu'à la matière de son objet : la subrogation. Et l'on sait la prudence avec laquelle il faut user des propositions qui ne concernent pas directement le problème résolu par la Cour de cassation (5). Aucune réponse à la question de la validité d'une renonciation générale et anticipée à la subrogation légale ne peut donc être trouvée en droit positif.

Un auteur affirme bien que le subrogé «peut renoncer au bénéfice de la subrogation soit conventionnelle, soit même légale, totalement ou partiellement» (6), mais il le fait de façon si incidente, sans plus s'expliquer sur

(1) V. les auteurs cités par J. MESTRE, thèse précitée n^o 351, note 43, pp. 407-408, et l'exposé de leur argumentation effectué au texte.

(2) C. GAVALDA et B. BOULOC : *Le financement des entreprises*, Dalloz, 1973, p. 39.

(3) Req. 1er juillet 1857, 1, 438.

(4) Civ. 13 décembre 1968, Bull. civ. 1968, III, n^o 555, p. 426.

(5) Cf. J. VOULET : *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, J.C.P. 1970, I, 2305.

(6) A. PONSARD : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., V^o SUBROGATION, 1ère éd. n^o 178 ; 2^e éd^o (1976) avec le concours de P. BLONDEL, n^o 185.

le sens de sa phrase, sans préciser s'il vise les renonciations anticipées, qu'on ne peut déduire de son affirmation la reconnaissance d'un principe général de validité (1).

Le silence du droit positif sur une institution dont l'importance pratique n'est plus à démontrer (2) laisse supposer une réticence sous-jacente à admettre la validité d'une renonciation générale à la subrogation (3). Permettre une telle renonciation irait à l'encontre des motifs de justice et d'équilibre qui ont conduit à l'avènement de la cession d'actions, puis de la subrogation. «L'extension considérable de l'institution à l'époque contemporaine, sa pénétration sans cesse croissante dans les mondes du crédit et de la garantie ainsi que la faveur manifeste dont l'entourent législateur et juge» (4), font de la subrogation personnelle un rouage essentiel de notre technique juridique. Sa matière est pétrie dans une pâte d'équité qui interdit qu'une stipulation contractuelle puisse contrevenir à la volonté du législateur de faire bénéficier de plein droit certaines personnes de ses avantages (pour la caution : art. 1251-3° et 2029 C. civ.). Les justifications de la subrogation légale, spécialement dans le cadre du cautionnement, consistent donc dans l'intérêt général qu'elle présente (5).

Un argument supplémentaire découle de la nature même du contrat de cautionnement. Pour que la caution reste vraiment un débiteur de second plan il faut qu'elle puisse obtenir un remboursement intégral : la subrogation est un des moyens permettant d'atteindre ce but. Un cautionnement dépourvu de toute possibilité de subrogation perdrait sa véritable nature.

Ces considérations, adjointes à la volonté avouée de protéger la caution, permettent de considérer la subrogation comme un bénéfice d'ordre public,

(1) A l'appui de son texte, cet auteur cite deux arrêts. Le second (Req. 1er juillet 1857) a été examiné supra ; il ne concerne que la renonciation a posteriori. Le premier (Civ. 29 janvier 1855, D.P. 1855, 1, 172, note anonyme) présente certes l'intérêt d'avoir été rendu par TROPLONG, alors premier président de la Cour de cassation, mais ne concerne pas la renonciation à subrogation. L'affaire tranchée portait sur la suppression du bénéfice de la subrogation par le subrogeant dans l'hypothèse spéciale de subrogation du tiers détenteur dans les droits du créancier désintéressé.

(2) Cf. notamment R.J. POTHIER : *Oeuvres*, t. 3, *Traité des obligations*, Paris, Beaucé 1818 (nouvelle édition), n° 555, pp. 416 et 417.

(3) Comp. cependant la remarque de J. CHEVALLIER (Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 566 dans ses observations sur ALEXANDRIE 4 janvier 1938) qui, constatant l'inefficacité d'une renonciation à l'article 2037 C. civ. en cas de faute dolosive du créancier, suggérerait de pallier cette carence du procédé en recourant à la renonciation à la subrogation.

(4) J. MESTRE : Thèse précitée, n° 635, p. 695 (conclusion). Ajoute pour le développement de cette idée la première partie de la thèse « L'éclatement du domaine de la subrogation personnelle » étudié à travers « la faveur témoignée à l'institution » (titre 1).

(5) Sur la généralité des avantages que la subrogation offre à toutes les parties : subrogé, créancier subrogeant et débiteur, Cf. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 2, 1er vol., n° 607, pp. 642 in fine et 643.

ou plutôt d'ordre économique (1), et donc de prohiber toute renonciation générale anticipée la concernant tout en laissant subsister les renonciations a posteriori (2).

La disparition du bénéfice de subrogation édictée par l'article 2037 C. civ. ne peut donc provenir que d'une renonciation ponctuelle à la déchéance qu'organise ce texte. Les difficultés pratiques soulevées par les renonciations conduisent à envisager des limitations à leur validité.

b) Limites à apporter à la validité des renonciations

470. — Ampleur des renonciations et tentatives de limitation. Les renonciations au bénéfice de subrogation se multiplient en nombre et en étendue (3) et leur abus a été stigmatisé par maints auteurs (4). Leur emprise s'accroît régulièrement (5) et la jurisprudence les considère comme valables, qu'elles visent le seul bénéfice de subrogation (6) ou aient un domaine plus vaste (7).

Les tribunaux ont été conduits par leur désir de protéger la caution à rechercher des atténuations à la rigueur des conséquences de la renonciation (1°). Les critiques soulevées par les méthodes utilisées d'une part et

(1) Au sens où RIPERT emploie ce terme lorsqu'il écrit : « Un ordre naît de cette réglementation, qui est bien un ordre public, mais de nature différente » : *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Mélanges F. GENY, t. 2 (Paris, Sirey) pp. 347 à 353, spécialement n° 2, p. 348. « Mais cet ordre public a-t-il la même valeur juridique que l'ancien ? » ibidem n° 8, p. 352.

(2) C'est la solution retenue par le Code civil éthiopien qui interdit la renonciation anticipée à la subrogation :

« art. 1944 - Subrogation ;

1°) La caution est subrogée aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'elle lui a payé ;

2°) Il n'est pas permis de renoncer d'avance au bénéfice de cette subrogation ».

(3) Nombre de formulaires contiennent une clause par laquelle la caution s'engage à payer sans « soulever de contestation pour quelquel motif que ce soit » (Cf. La clause des cautionnements de marchés de l'Etat citée par S. BETANT-ROBET, art. précité n° 28, p. 321). — Adde : Le formulaire de la Société Générale (clause 5°).

(4) Cf. notamment M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE, obs. à la Rev. trim. dr. com. 1969, p. 774. — M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, p. 114.

(5) Les créanciers de tous les pays membres de la C.E.E. recourent aux mêmes procédés ; les renonciations au bénéfice de subrogation sont particulièrement fréquentes, en dehors de France, aux Pays-Bas (Enquête du Max Planck Institut de Hambourg sur *Le cautionnement dans les états membres des communautés européennes*, 1969, précitée, n° 81, p. 89) et en Italie (G. STOLFI ; *In tema di fideiussione per debiti futuri* : Riv. dir. com. 1971, I, pp. 225 à 234, n° 6 à 8) ; en Angleterre (M.L. ENGELHARD-GROSJEAN : *Le cautionnement en Droit anglais*, thèse précitée 1974, p. 140).

(6) Les arrêts cités supra note 4, p. 562 attestent tous de cette validité mais n'abordent la question qu'incidemment. Cf. plus particulièrement Com. 12 mars 1969 précité.

(7) La Cour de Paris a validé, dans un arrêt du 2 juin 1967 (Journal des Agréés, Rev. Jurisp. com. 1967, p. 709, note E.M.) une renonciation générale à toute « discussion » qui rendait l'engagement « irrévocable et inconditionnel ».

le recours à la notion de bonne foi dans l'exécution des conventions d'autre part nous conduisent à proposer une limitation différente (2°).

1°- *Limites trouvées par la jurisprudence*

471. — Erreur de la caution : les arrêts. Deux techniques furent employées par la jurisprudence, de façon aussi éphémère que critiquable : l'une fondée sur l'erreur vice du consentement, l'autre sur l'interprétation des conventions.

La première, chronologiquement, consiste à déceler dans l'attitude des parties au contrat le germe d'une erreur de la caution sur les conditions de son engagement : la caution croyait que des sûretés spéciales seraient fournies par le débiteur et conservées par le créancier, et l'absence d'une telle réalité entache son consentement d'un vice. Deux décisions ont été rendues par la Cour de cassation en ce domaine. La première admet l'erreur de la caution dans une espèce où elle ne pouvait manifestement pas être retenue (1) ; la seconde rejette la possibilité d'une telle qualification «malgré des circonstances qu'on ne saurait imaginer plus favorables au prononcé d'une nullité pour erreur» (2). Il est vrai que les deux arrêts rejettent les pourvois formés contre des décisions de Cour d'appel et ne permettent donc pas de connaître avec précision le sentiment de la Cour de cassation sur ce problème. L'étude rapide des espèces éclaire cependant les possibilités et les limites de la tentative jurisprudentielle.

La première affaire opposait une caution qui, ayant renoncé au bénéfice de subrogation, prétendait que la non inscription des sûretés par le créancier avait entaché son cautionnement d'une erreur. La haute juridiction a approuvé les juges du fond d'avoir retenu «la nullité congénitale dont les cautionnements étaient atteints» (3), malgré la renonciation à l'article 2037 C. civ. La critique dirimante encourue par cette affirmation concerne la qualification même de la situation. Les juges d'appel, et la Cour de cassation à leur suite, ont qualifié d'erreur de la caution ce qui, en réalité, n'était qu'une inexécution du créancier. Il n'y avait aucune représentation erronée de la réalité dans l'esprit de la caution qui savait fort pertinemment que le créancier devait faire inscrire le gage et le nantissement du matériel consentis par le débiteur principal. Il y avait par contre une faute du créancier (et les juges ne purent faire autrement que d'utiliser ce terme) (4), faute résultant de l'inexécution d'une promesse. La notion d'erreur n'était donc pas utilisable, d'autant qu'il est permis de supposer qu'au moment de l'engagement l'inscription des nantissements

(1) Com. 12 mars 1969, Bull. civ. 1969, IV, n° 91, p. 92 ; Rev. trim. dr. com. 1969, p. 773, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(2) P. SIMLER : note sous l'arrêt rendant la solution indiquée au texte : Civ. 27 mars 1974, J.C.P. 1975, II, 18070.

(3) Com. 12 mars 1969 précité, premier moyen.

(4) «...Nullité congénitale dont les cautionnements étaient atteints *par la faute du créancier*, à raison du défaut des formalités nécessaires» : arrêt précité.

était encore possible et qu'en conséquence le consentement des cautions n'était pas vicié par l'erreur (1).

La seconde affaire mettait en présence des cautions qui n'avaient pas renoncé à l'article 2037 C. civ. et un créancier qui soutenait n'avoir jamais exigé de sûretés spéciales en dehors du cautionnement. Cependant l'acte de prêt spécifiait que les débiteurs principaux «apporteraient en garantie de cette dette des immeubles et fonds de commerce leur appartenant» (2). Le débiteur et le créancier n'ayant effectué aucune opération spéciale tendant à concrétiser cette promesse, la caution invoquait l'erreur viciant son engagement au motif qu'elle avait vu dans cette formule la promesse de constituer des sûretés réelles. La Cour d'appel et la Cour de cassation refusèrent cette interprétation en considérant «qu'aucune sûreté réelle n'était ni consentie ni promise aux époux LEFEUVRE qui s'étaient contentés en tant que caution du rang de créanciers chirographaires éventuels» (3).

Cette affirmation qui ressortit à l'interprétation souveraine que les juges du fait peuvent effectuer d'un contrat ne laisse cependant pas de surprendre. Les éléments objectifs d'une erreur de la caution concernant les droits préférentiels du créancier sont réunis en l'espèce : la stipulation au contrat principal d'une clause visant des garanties spéciales (et l'engagement par le débiteur de les fournir) ; la croyance erronée de la caution dans l'existence de ces garanties (et de l'engagement les concernant) ; l'effet déterminant de cette croyance sur son consentement. La solution ayant été rendue en fait et non en droit, il n'est pas nécessaire d'épiloguer sur le choix des juges (4).

472. — Critique. Au-delà de l'espèce, le rôle de la renonciation à l'article 2037 C. civ. dans l'influence de l'erreur de la caution doit être examiné. Pour que l'erreur d'une partie à un contrat soit qualifiée de vice du consentement et entraîne la nullité du contrat, il faut qu'elle ait été déterminante du consentement. La considération des sûretés réelles, et l'erreur qui s'y attacherait, pourraient-elles être considérées comme déterminantes ?

Au plan général la question est déjà discutable et nous avons proposé de distinguer les cautions qui n'ont aucun espoir de recours contre le débiteur en raison de l'interpénétration de leurs patrimoines, des autres. Pour les parents proches, conjoints, administrateurs et gérants cautionnant leur société, la considération des sûretés ne doit pas, en règle générale, être déterminante. Des circonstances particulières peuvent cependant renverser ce préjugé. Nous avons vu qu'au regard de ces cautions le bénéfice de l'article 2037 C. civ. s'expliquait quand même par le devoir de bonne foi qui pèse sur le créancier.

(1) Cf. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE : obs. précitées sur cet arrêt, p. 774.

(2) Formule de l'arrêt de la Cour de cassation Civ. 27 mars 1974 précité qui n'est pas présentée comme le libellé exact de la clause de l'acte, mais comme la constatation objective de son contenu.

(3) Arrêt précité, premier moyen in fine.

(4) Comp. cependant P. SIMLER, note précitée : deuxième partie de la note.

L'erreur d'une telle personne serait toutefois démunie de caractère déterminant et la renonciation à l'article 2037 C. civ. ne pourrait ainsi être éludée.

Pour les cautions qui n'ont pas d'intérêt aussi immédiat à la réalisation de l'opération principale, la considération des sûretés peut être déterminante et une erreur sur ce point revêtirait le même caractère (1). La renonciation au bénéfice de l'article 2037 C. civ. vient-elle perturber cet engrenage ? Pour les auteurs qui font de la contemplation des sûretés la cause ou la condition déterminante de l'engagement de la caution, une réponse affirmative s'impose. Pour eux «la renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 signifie au moins qu'elle a accepté le risque de ne pas pouvoir tirer davantage de la subrogation dans d'autres sûretés du créancier. Il paraît difficile qu'elle puisse néanmoins soutenir que, sans l'erreur commise, elle n'aurait pas consenti à s'engager» (2). La logique impliquait nécessairement une telle conclusion en conséquence d'un système qui assimile totalement la contemplation des sûretés et le bénéfice de subrogation.

De notre point de vue, au contraire, la situation est différente. Nous avons démontré que le mécanisme de l'article 2037 ne repose pas sur l'intention de la caution mais sur le devoir de loyauté du créancier. Ce n'est pas parce que la caution est présumée avoir fondé des espoirs de remboursement dans les droits préférentiels du créancier qu'il faut imposer à celui-ci un devoir de vigilance : la présomption serait trop subjective et trop fragile. C'est parce que l'intérêt commun du créancier et de la caution d'une part, le caractère accessoire du cautionnement d'autre part ont objectivement contraint le législateur à conférer à la caution un double avantage : le renforcement du devoir de loyauté du créancier et la décharge préventive de la caution par la technique d'une déchéance. Etant admis que la caution peut renoncer à ces avantages techniques, rien ne l'empêche cependant de prendre en considération, tout spécialement les sûretés accessoires prévues au contrat principal. Tout est alors affaire d'espèces et l'erreur de la caution peut aussi bien, malgré sa renonciation à l'article 2037 C. civ., être déterminante comme indifférente (3).

La renonciation au bénéfice de subrogation ressort donc à un domaine différent et n'est d'aucune influence sur la recevabilité d'une erreur de la caution. En effet, ou bien la caution s'est trompée en croyant qu'il existait des sûretés ou que le créancier s'était engagé à les constituer et alors l'article 2037 C. civ. ne peut pas jouer faute de droits préférentiels (peu importe donc qu'elle y ait renoncé ou pas) ; ou bien elle a renoncé à l'article 2037 en connaissance

(1) C'était le cas dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation, chambre civile, le 27 mars 1974, J.C.P. 1975, II, 18070.

(2) P. SIMLER : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*, chron. précitée, n° 46.

(3) Comp. cependant M. CABRILLAC : *La lettre de change dans la jurisprudence*, n° 35-B in fine, p. 124, qui observe en commentaire de l'arrêt de la Chambre commerciale du 12 mars 1969 : «Sans doute est-il permis de considérer que l'existence d'une sûreté réelle est une condition déterminante du consentement donné par l'avaliseur», cette considération devant être perçue comme une «règle indiscutable» et générale.

de cause et ne peut pas alors invoquer une erreur. En aucun cas donc l'erreur ne peut constituer une limite à l'efficacité des renonciations au bénéfice de subrogation.

473. — Interprétation dénaturante des clauses de renonciation. C'est pourquoi une autre tentative, menée dans une direction toute différente, a également eu lieu en jurisprudence. Statuant sur un contrat comportant, entre autres, deux clauses relatives à la subrogation de l'avaliseur dans les droits préférentiels du créancier, l'une affirmant le principe de cette subrogation, l'autre emportant renonciation au bénéfice de l'article 2037 C. civ., un tribunal (1) décida de limiter l'application de la renonciation au seul cas où le dépérissement des sûretés n'était pas imputable à une faute du créancier (2). Eu égard aux circonstances de l'espèce, il y avait là dénaturation d'une clause claire et précise (3). Le raisonnement du tribunal tend même à nier l'efficacité de toute renonciation au bénéfice de subrogation ; l'équité et le désir manifeste de venir en aide à la caution ont entraîné les juges dans une voie dangereuse et bien inutile. D'autres moyens s'offrent en effet à l'interprète pour éviter les excès.

2° - Limites proposées

474. — Plan. Les principes régissant le droit des obligations sont en faveur de la validité des renonciations au bénéfice de subrogation. Seule une intervention du législateur conférant au texte un caractère impératif permettrait de les écarter. Néanmoins il est possible, en se fondant sur les particularités de la déchéance sanctionnant l'impossibilité de subrogation, de poser des bornes à leur validité. Une première source de limites générales réside dans le fondement de la déchéance (α) ; une seconde, faisant naître des limites spéciales, peut être trouvée dans sa finalité (β).

α - Limites générales tenant au fondement de la déchéance

475. — Permanence du fondement. Inefficacité des renonciations en cas de fraude. Le fait que l'article 2037 C. civ. reprenne le principe général d'exécution de bonne foi des conventions, en renforce la teneur et en améliore

(1) Trib. gr. inst. Lille 30 septembre 1968, Rev. trim. dr. com. 1970, p. 168, obs. critiques M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

(2) Dans un arrêt ambigu du 20 janvier 1975 (Bull. civ. 1975, IV, n° 16, p. 14) la Cour de cassation (ch. com.) a paru admettre implicitement la possibilité d'un tel raisonnement. La caution reprochait au créancier son inaction devant un détournement de gage et soutenait que la renonciation à 2037 ne valait que pour le fait non fautif du créancier. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir « constaté que la disparition du gage était due [au débiteur et à la caution] » ce qui laisse sous-entendre une solution différente si la disparition du gage avait été imputée au créancier.

(3) Cf. sur ce point les explications des commentateurs du jugement.

la sanction, établit assurément la volonté du législateur d'augmenter la protection de la caution. L'idée générale est que le devoir de bonne foi imposé au créancier est accru en matière de conservation des droits préférentiels. Ce devoir de loyauté, qui puise sa force dans l'intérêt commun des parties à la conservation des sûretés et dans une équité renforcée, ne peut être totalement écarté.

Cette permanence de l'idée directrice ne peut être entamée par la pratique des renonciations. Même si le créancier obtient de la caution qu'elle abdique tout droit au bénéfice de subrogation, il ne saurait agir sans respecter une morale et une bonne foi minimales. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de rappeler incidemment que la fraude ou la collusion du créancier avec le débiteur permettaient de décharger la caution malgré sa renonciation à l'article 2037 C. civ. (1).

Le principe ainsi dégagé à propos de la fraude peut être étendu jusqu'aux limites de son fondement, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où la conduite du créancier manifeste une absence totale de la bonne foi qui est exigée de lui. Cet élargissement (-1-) permettra de faire un parallèle avec les solutions retenues en matière de conventions exonératoires de responsabilité (-2-) et surtout de dégager à la charge du créancier professionnel une présomption de conduite dolosive lui interdisant de se prévaloir des renonciations au bénéfice de subrogation (-3-).

476. — 1) Elargissement. Là où la loi et les principes généraux du droit imposent à une partie de respecter une conduite honnête et d'agir avec bonne foi, elle ne saurait se prémunir contre les conséquences de sa mauvaise foi : «le débiteur contractuel qui, de propos délibéré, n'exécute pas ses engagements ne mérite aucune pitié ou faveur» (2). La morale tout autant que le droit s'opposent à ce que le débiteur d'une obligation, ou même simplement d'un devoir général, puisse enfreindre en connaissance de cause son engagement sans être châtié.

Les tribunaux l'ont bien senti et une jurisprudence en effervescence permet d'entrevoir les différentes fautes qui jalonnent, comme des bornes, le domaine des protections spéciales que les parties peuvent se ménager par le contrat. De la faute dolosive à la faute lourde en passant par les fautes intentionnelle et inexcusable, le créancier coupable fournira par son absence de bonne foi le même motif d'inefficacité des renonciations au bénéfice de subrogation.

477. — Faute dolosive. La faute dolosive, tout d'abord, est assurément du nombre de celles qu'inspire la mauvaise foi. Elle a subi en matière contractuelle une extension qui la rapproche des notions de *wilful misconduct* anglaise et

(1) Com. 20 janvier 1975 : précité. La Cour d'appel a pu légitimement écarter l'article 2037 C. civ., auquel la caution avait renoncé, parce qu'elle avait «relevé qu'il n'était invoqué envers la Sté COFICA (le créancier) aucune fraude ou collusion».

(2) G. DURRY : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 354 in principio (n° 1 in fine) à propos de la faute dolosive d'un architecte qui lui avait valu de perdre le bénéfice de la responsabilité abrégée.

Vorsatz allemand. Elle est définie par la Cour de cassation comme celle que commet «le débiteur qui, de propos délibéré, se refuse à exécuter ses obligations contractuelles même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son co-contractant» (1).

Cette analyse, qui a été considérée à juste titre comme un bouleversement, avait été précédée en doctrine par une conception élargie du dol qui, au-delà de la simple intention nuisible, reposait sur la mauvaise foi contractuelle : était faute dolosive «tout acte volontaire qui manifeste l'intention du débiteur de ne pas se mettre en condition d'exécuter» (2). Ainsi était expliqué à l'avance la position jurisprudentielle et ainsi était dégagé son fondement à partir de l'article 1134 al. 3 C. civ. (3).

C'est donc bien autour de la bonne foi contractuelle que s'articule la notion de faute dolosive (4). De faute méchante elle est devenue faute consciente et elle élargit donc le domaine de la sanction frappant son auteur, nonobstant toute clause ou stipulation contraire : le dol reste le bastion irréductible de la responsabilité impérative (5).

Avant même l'extension reconnue en 1969 à la faute dolosive, la Cour d'ALEXANDRIE avait écarté l'efficacité d'une renonciation à l'article 623 du Code civil mixte (notre article 2037 C. civ.) parce que le créancier avait laissé perdre la sûreté «volontairement et pour se procurer à soi-même un bénéfice». La mauvaise foi du créancier était implicitement sanctionnée, en dépit de la renonciation émanant de la caution (6). Il est logique qu'une

(1) Civ. 4 février 1969, D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD ; Gaz. Pal. 1969, 1, 204.

(2) R. JAMBU-MERLIN : *Dol et faute lourde*, D. 1955, chron., pp. 89 à 92. Cet auteur ajoute : «le dol, c'est la mauvaise foi contractuelle» (ibid.) ou encore c'est, en matière contractuelle «la volonté manifeste de ne pas faire ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat». Cette analyse établit une opposition entre le dol délictuel et le dol contractuel dont le mérite de la systématisation revient au Doyen LEGAL dans sa thèse : *De la négligence et de l'imprudence comme source de la responsabilité civile délictuelle*, Paris, 1922, pp. 55 et suiv.

(3) Cf. la remarquable analyse de Mme D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS : *Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes*, Rev. trim. dr. civ. 1973, pp. 496 à 521, spécialement n° 20, pp. 507 et 508 : «La conception de la faute dolosive retenue par la Cour de cassation est, dans sa rigueur, la plus en harmonie avec la construction contractuelle qui repose sur les idées de volonté et de bonne foi, lors de la passation et tout au long de l'exécution du contrat... Le fait que cette notion de bonne foi, à résonance morale et contenue d'une manière générale dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, trouve là une projection, doit être approuvé».

(4) Après quelques hésitations la Cour de cassation a confirmé l'extension de la faute dolosive à toute «volonté arrêtée de ne pas exécuter l'obligation» : Civ. 22 octobre 1975, D. 1976, 151 note J. MAZEAUD ; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 352, n° 1 (p. 353) obs. G. DURRY.

(5) Même les adversaires d'une limitation de l'effet des renonciations à l'article 2037 C. civ. l'admettent. V. P. SIMLER, chron. précitée, n° 38.

(6) ALEXANDRIE 4 janvier 1938, Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 565, obs. J. CHEVALIER (Chron. de jurisprudence des juridictions mixtes d'Egypte). L'annotateur insiste d'ailleurs sur l'importance de la bonne foi du créancier (obs. précitée, p. 567). P. SIMLER critique cette solution, au nom semble-t-il d'une conception étroite et dépassée de la faute dolosive ou intentionnelle (Chron. précitée, n° 39 à 41).

des premières applications de cette notion ait ainsi eu lieu à propos du cautionnement car la matière constitue un terrain d'élection pour la bonne foi.

478. — Faute intentionnelle. La faute intentionnelle, qui suscite actuellement de nombreux remous en doctrine et en jurisprudence, mérite-t-elle réellement une place à part ? Le problème est apparu lorsque plusieurs décisions ont qualifié de faute intentionnelle « celle commise de propos arrêtés en pleine connaissance du risque encouru, avec la conscience des conséquences dommageables susceptibles de s'en suivre et l'acceptation de ces conséquences » (1).

Le rapprochement de cette définition avec celle de la faute dolosive permet d'affirmer qu'il n'y a là qu'un faux problème. Ne concernant que la matière de l'assurance de responsabilité, et plus particulièrement celle de responsabilité professionnelle (2), la question est née de la formulation de l'article 12 al. 2-L du 13 juillet 1930 (aujourd'hui art. L-113-1 al. 2 C. Assur.) qui dispose que « l'assureur ne répond pas... des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

Rédigé à une époque où la faute dolosive s'entendait étroitement de l'intention de nuire, ce texte ne contient plus à l'heure actuelle qu'une répétition dénuée d'intérêt. La faute consciente, de mauvaise foi, peut indifféremment être qualifiée de dolosive ou d'intentionnelle (3). Au plan de la renonciation de la caution, nulle différence ne doit être faite (4).

479. — Faute inexcusable. La faute inexcusable est un degré bien particulier de gravité de la faute. Apparue à la fin du XIX^{ème} siècle en droit des accidents du travail, elle a trouvé en droit positif de la responsabilité un terrain

(1) Civ. 24 octobre 1973, D. 1974, 90. — Adde les décisions d'appel entre 1969 et 1974 citées par H. MARGEAT et A. FAVRE-ROCHEX : *La faute intentionnelle en assurance de responsabilité*, Gaz. Pal. 1974, 1, doct., pp. 455 à 457.

(2) G. BRIERE de l'ISLE : *La faute intentionnelle / A propos de l'assurance de responsabilité civile professionnelle*, D. 1973, Chron., pp. 259 et suiv. — J. GHESTIN : *La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance de responsabilité*, D. 1974, Chron. p. 31. — G. VINEY : *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute excusable et faute lourde*, D. 1975, Chron., pp. 263 à 270, spécialement II, p. 267 à 270.

(3) Il faut préciser qu'en matière contractuelle ces qualificatifs ont une coloration différente et une acception plus large que celles que leur confère la matière délictuelle. Dans le contexte des articles 1382 et 1383 C. civ., la faute dolosive contractuelle devient le délit, faute intentionnelle au sens étroit. L'intention est alors « la volonté tendue vers le résultat dommageable » ; elle est « le rapport de la volonté au dommage » (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n° 94, p. 332. Faute dolosive et intentionnelle demeurent donc associées, dans un sens large au plan contractuel et dans un sens étroit au plan délictuel. En accord avec cette position, cf. G. DURRY, obs. Rev. trim. dr. civ. 1976, pp. 361 à 363, n° 10 spécialement p. 362 : la « distinction entre faute intentionnelle et faute dolosive nous paraît surtout verbale. Dans l'art. 12 L.1930, les deux expressions sont synonymes »).

(4) Cf. cependant pour une solution différente, en raison notamment d'une acception curieuse de la faute intentionnelle : P. SIMLER, Chron. précitée, n° 39 à 41.

propice. Son champ de manœuvre s'étend entre la faute dolosive et la faute lourde (1) pour recouvrir «une faute d'une gravité exceptionnelle» caractérisée par «la conscience du danger que devait en avoir son auteur... l'absence de toute cause justificative, et... le défaut d'un élément intentionnel» (2).

Aujourd'hui cependant, «la plupart des décisions récentes, en particulier celles de la Cour de cassation ont considérablement rapproché la notion de faute inexcusable de la notion de faute lourde» (3). Ce phénomène allié à «l'élargissement de la notion de faute dolosive contractuelle contribuera sans doute à l'affaiblissement de la faute inexcusable en tant que concept autonome» (4). La gravité de l'acte fautif entraîne une considération de cette faute (5) non exempte de résonnance morale. A la limite de la mauvaise foi (6), la faute inexcusable doit y être rattachée, comme l'est en règle générale la faute lourde.

480. — Faute lourde. La faute lourde demeure, malgré les efforts doctrinaux et jurisprudentiels de définition, floue, mal circonscrite, «insaisissable en une seule formule» (7). L'absence d'intention de nuire est un élément déterminant du concept, mais son caractère négatif lui ôte une grande part d'efficacité. L'énormité de la faute caractérise assurément la faute lourde (8) mais elle ne suffit pas à conférer à la notion une autonomie susceptible d'éviter les incertitudes. Son rôle demeure malgré tout important et c'est sûrement à la multiplicité de ses influences que la notion doit sa plasticité.

L'élément qui revêt pour la solution de notre problème une importance primordiale est l'analogie que l'on instaure traditionnellement entre la faute lourde et la faute dolosive. En raison du degré étonnant de stupidité de l'acte la faute lourde a été de tout temps assimilée au dol (9). L'équipollence des deux notions a pour conséquence première d'attacher à l'incurie la sanction de la mauvaise foi. Ainsi donc la renonciation de la caution ne saurait couvrir la faute lourde du créancier. «L'assimilation de la faute lourde au dol a pour but

(1) Cf. en ce sens G. VINEY, *chron. précitée*, qui intitule la première partie de son étude «Les oscillations de la faute inexcusable entre la faute intentionnelle et la faute lourde», *ibid.* pp. 264 à 267.

(2) Chambres réunies 15 juillet 1941, D.C. 1941, J. 117 note A. ROUAST ; J.C.P. 1941, II, 1705 note MIHURA ; Rev. gén. assur. ter. 1941, 468 note A. BESSON.

(3) D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS : art. précité n° 33, p. 517. Dans le même sens : G. VINEY, *chron. précitée*, I in fine, p. 267.

(4) D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS : art. précité, n° 34, p. 518.

(5) Cf. par exemple pour une exclusion de la faute inexcusable de la garantie donnée par un assureur de responsabilité professionnelle : Civ. 8 octobre 1974 (J.C.P. 1975, II, 18133, note J. BIGOT) qui annule la clause d'exclusion en raison de sa trop grande généralité.

(6) «C'est la certitude que son action délibérée va causer un dommage qui constitue la faute intentionnelle» : G. DURRY, *obs. Rev. trim. dr. civ.* 1976, p. 362 sur plusieurs arrêts rendus en 1975 sur la faute intentionnelle.

(7) D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS : art. précité, n° 25, p. 511.

(8) H. LALOU : *La gamme des fautes*, D.H. 1940, pp. 22 et suiv. — R. ROBLOT : *De la faute lourde en droit privé français*, Rev. trim. dr. civ. 1943, pp. 1 et suiv.

(9) L. MAZEAUD : *L'assimilation de la faute lourde au dol*, D.H. 1933, pp. 49 et suiv. — R. JAMBU-MERLIN : *Dol et faute lourde*, D. 1955, Chron. pp. 89 à 92.

d'empêcher le méchant de jouer l'imbécile, car la preuve de l'intention de réaliser le dommage ne peut presque jamais être rapportée» (1).

Cependant, le recul de la faute lourde dans certains cas bien particuliers (2) a conduit certains auteurs à proposer une conception nouvelle des relations du dol et de la faute lourde. Constatant l'étendue du domaine que recouvre maintenant la notion de dol contractuel, Mr. JAMBU-MERLIN est partisan de rejeter, en matière contractuelle, l'équivalence de la faute lourde et du dol (3). L'extension de la faute dolosive en ce qu'elle est l'expression de la mauvaise foi contractuelle repousse la faute lourde et la cantonne dans un domaine plus restreint. La proximité des deux fautes est si grande que la frontière est difficile à tracer ; la faute dolosive a occupé le terrain naguère réservé à la faute lourde et cette extension constitue assurément une simplification.

Quelle que soit la position adoptée, la solution pratique demeure donc la même : une faute déterminée qui dénote une mauvaise foi insigne sera qualifiée soit de faute dolosive (au sens moderne) soit de faute lourde (au sens ancien) mais alors son régime sera calqué sur celui de la faute dolosive en raison de la règle de l'équivalence des deux fautes (4).

481. — Déduction : mauvaise foi et privation de certains avantages. De cette analyse rapide de la jurisprudence l'on peut déduire que c'est bien la mauvaise foi du créancier, parce qu'elle inspire de façon directe les fautes dolosive et intentionnelle et éclabousse indirectement les fautes inexcusable et lourde, qui justifie le sort spécial qui lui est alors réservé. «L'inexécution délibérée de ses obligations contractuelles... le prive des protections exceptionnelles, par rapport au droit commun, que lui accordaient, soit des dispositions légales, soit son contrat» (5).

(1) H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed^o, n^o 635, p. 684.

(2) En matière de clauses exonératoires de responsabilité stipulée par le transporteur de marchandises par voie ferrée (Civ. 3 août 1932, D. 1933, 1, 49 note L. JOSSERAND ; Gaz. Pal. 1932, 2, 754). — Par le transporteur de marchandises par voie maritime (Chambres réunies, 11 mars 1960, D. 1960, 277, solution reprise par la loi du 18 juin 1966, art. 28). — Par l'administration des P.T.T. et le transporteur qu'elle s'est substituée (Chambre mixte 23 mars 1973, Gaz. Pal. 1973, 1, somm. p. 117).

(3) R. JAMBU-MERLIN : *Dol et faute lourde*, art. précité p. 92, 2^e colonne, in principio : «La faute lourde n'est pas équipollente au dol».

(4) Contra P. SIMLER, chron. précitée n^o 42 et 43. Cet auteur cite à tort l'arrêt de Paris 12 juillet 1952 (note 45), Banque 1952, p. 713, obs. X. MARIN ; Rev. trim. dr. com. 1953, p. 155, obs. M. SCHLOGEL, pour la seule raison qu'il «infirme un jugement ayant déchargé la caution malgré sa renonciation au bénéfice de subrogation au motif que le créancier avait commis une faute lourde». Si la Cour de Paris de Paris infirme le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 25 juillet 1950, c'est parce qu'il faisait jouer le bénéfice de l'article 2037 du Code civil à l'encontre du certificateur de la caution. Cette décision n'a donc pas eu à qualifier la faute du créancier (l'Administration des Domaines) qui n'était même pas partie au litige.

(5) G. DURRY : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 353 précitées.

Les exemples abondent, en dehors du droit du cautionnement, dans lesquels la loi elle-même ou les tribunaux prévoient une faveur accordée au créancier et supprimée en cas de mauvaise foi : l'art. 1150 C. civ. ne limite aux dommages-intérêts prévisibles que la réparation due par un créancier de bonne foi ; l'art. 1628 C. civ. ne permet aucune convention libérant le vendeur de son fait personnel d'éviction ; l'article 1643 C. civ. ne tolère les clauses exonératoires de vice caché qu'en faveur du vendeur de bonne foi ; l'art. 1792 C. civ. qui limite à dix ans la responsabilité des architectes et entrepreneurs n'est pas applicable en cas de faute dolosive de ceux-ci (1). De la même façon les protections spéciales que le créancier s'est ménagé en raison de sa position contractuelle prépondérante sont écartées lorsqu'il commet une faute entachée de mauvaise foi. Il ne peut alors en ce cas se prévaloir d'une clause pénale qui limitait la réparation à un montant inférieur au dommage (2) ; il ne peut davantage exiger l'application des clauses exonératoires de responsabilité (3).

Le raisonnement doit être poursuivi à l'encontre des clauses de renonciation à l'article 2037 C. civ. Par cette renonciation le créancier voudrait se protéger du droit commun ; par sa mauvaise foi il apporte lui-même une limite à l'efficacité de la protection qu'il s'était ménagée.

482. — 2) Analogie avec le résultat obtenu sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Ce résultat doit être rapproché des solutions soutenues en matière de renonciation au bénéfice de subrogation par la majorité des auteurs qui raisonnent par analogie avec le droit des conventions exonératoires de responsabilité (4). Dans ce domaine, l'exclusion de la faute de mauvaise foi (au sens large) est souvent justifiée par le fait qu'elle ne laisserait à la charge du débiteur qu'une obligation purement potestative et donc prohibée (en s'exonérant des conséquences de son inexécution intentionnelle le débiteur soumettrait l'exécution de l'obligation à son bon vouloir) (5).

La justification ne nous paraît pas évidente ; l'écart d'une des sanctions de l'inexécution ne peut modifier la nature d'une obligation qui continue d'exister pleinement. En refusant d'exécuter, le débiteur s'expose à l'exception d'inexécution, à la résolution pour inexécution, toutes sanctions qui prouvent que l'obligation n'était pas purement potestative.

(1) Civ. 2 juillet 1975, Bull. civ. 1975, III, n° 233 ; Rev. trim. dr. civ. 1976, pp. 352 et 353, obs. G. DURRY précitées.

(2) Civ. 4 février 1969 précité.

(3) Req. 27 novembre 1934, D.H. 1935, p. 51 ; Gaz. Pal. 1935, 1, 6 et jurisprudence constante depuis. — Adde : H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed°, n° 635, pp. 683 et 684.

(4) Cf. S. BETANT-ROBET : art. précité n° 34, p. 323 : « la clause de renonciation peut être assimilée à une convention d'irresponsabilité ». — Adde J. CHEVALLIER : obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 567 sous ALEXANDRIE, 4 janvier 1938 (Chron. de jurisprudence des juridictions mixtes d'Egypte).

(5) Cf. en ce sens : M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN : t. 7, 2^e ed°, n° 850, p. 179. — J. CARBONNIER : *Droit civil*, t. 4, n° 78, p. 265. — H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART : t. 2, vol. 1, 5^e ed°, n° 635, p. 683 in fine.

Le statut spécial de la faute intentionnelle ou assimilée en matière d'exonération de responsabilité s'explique en réalité par la même mauvaise foi contractuelle que nous avons retenue pour limiter l'efficacité des renonciations au bénéfice de subrogation (1). On retrouve alors une unité de fondement que certains ont niée (2), mais l'analogie profite maintenant, par un juste retour des choses, au droit des clauses exonératoires de responsabilité. Ainsi est marquée la consanguinité qui existe entre les divers modes de sanction de la faute contractuelle.

483. — 3) Présomption de conduite dolosive chez le professionnel. Les rapprochements facilitant les transpositions de régime, une autre tentative permettant de renforcer les limites apportées à l'efficacité des renonciations peut être menée à bien. Il est possible d'étendre au créancier professionnel la présomption de mauvaise foi qui pèse, en certaines matières, sur le contractant professionnel.

Depuis l'arrêt rendu en 1965 par la Cour de cassation dans l'affaire du «pain maudit de Pont Saint-Esprit» (3), le doute n'est plus permis : le professionnel est supposé avoir décelé, grâce à sa compétence, les vices cachés de la chose vendue ou bien, ce qui revient au même, il aurait dû les déceler. L'idée était déjà apparue en jurisprudence au début du siècle (4) et avait été évoquée par RIPERT (5). Elle ne s'est vraiment généralisée que dans la deuxième moitié du siècle (6) et connaît à l'heure actuelle un développement accéléré. Le vendeur professionnel perd la protection de l'article 1646 C. civ., le transporteur professionnel celle des clauses exonératoires de responsabilité, le notaire perd le bénéfice du doute dans son devoir de conseil, le banquier celui de l'irresponsabilité dans l'octroi des crédits (7)... : «Les tribunaux ont aujourd'hui tendance à faire preuve d'une sévérité particulière à l'égard des débiteurs professionnels» (8).

(1) En ce sens : B. STARCK : *Droit civil, obligations*, n° 2147, p. 636 qui écrivait : «La limitation du montant des dommages et intérêts est écartée en cas de dol du débiteur. Cela se justifie aisément, on ne saurait protéger un débiteur de mauvaise foi».

(2) Cf. P. SIMLER : *Chron. précitée*, n° 36 et 37.

(3) Civ. 19 janvier 1965, D. 1965, 389 ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 6^e ed° (1973), pp. 593 à 598.

(4) Req. 10 mai 1909, D. 1912, 1, 16.

(5) G. RIPERT : *Ebauche d'un droit civil professionnel*. Mélanges H. CAPITANT, Dalloz, 1937, pp. 677 à 693.

(6) A. TUNC, dans son article en hommage à G. RIPERT, rédigé en 1950, ne l'aborde pas, bien qu'il étudie minutieusement la responsabilité contractuelle du professionnel : *Ebauche du droit des contrats professionnels* : Mél. RIPERT (Le droit privé au milieu du XX^e siècle), t. 2, 1950, pp. 136 à 158.

(7) Il n'y a pas encore de présomption fermement établie à leur encontre, mais les tribunaux admettent aisément leur responsabilité.

(8) G. VINEY : *Chron. précitée*, II-A, p. 269, 1^{ère} col.

Cette tendance à faire reposer sur l'individu la charge d'une loyauté plus grande en raison de sa compétence technique (1) ou encore de sa qualification professionnelle (2) doit être étendue au créancier bénéficiaire du cautionnement. Parce qu'il dispose d'une science et d'une technique lui permettant de connaître les actes de son contractant ou de mesurer la portée des siens, parce qu'il est souvent en position de force et peut imposer au débiteur ou à la caution des obligations d'information (3), le créancier professionnel sait le prix d'une sûreté et les conséquences que peut entraîner sa perte. Pour ces raisons il doit être présumé de mauvaise foi et donc ne pas pouvoir se prévaloir de la renonciation par la caution au bénéfice de subrogation. Il devra ainsi répondre en toutes circonstances de la perte par sa faute des droits préférentiels.

L'importance que la qualification professionnelle revêt dans cette proposition ne saurait être limitée au seul créancier. Tout comme la jurisprudence a su ramener au droit commun les relations entre deux professionnels, il devient possible de faire réapparaître les renonciations entre créancier et caution professionnels.

β - Limites spéciales tenant à la finalité de la déchéance

484. — Principe proposé : renonciation seulement par la caution capable de se prémunir. La finalité de la déchéance, nous l'avons vu, consiste à éviter que la caution ne subisse un préjudice : elle est une protection préventive. Cette protection apparaît superflue pour la caution qui peut, par elle-même, se mettre à l'abri des conséquences d'une perte des droits préférentiels. Si sa compétence professionnelle ou sa connaissance personnelle de la situation lui permettent de ne point pâtir d'une disparition ou d'un amoindrissement de ses recours subrogatoires elle peut parfaitement y renoncer.

Tout au contraire la caution qui ne dispose pas de ces moyens de protection, le plus souvent parce qu'elle est un profane qui a rendu au débiteur un service d'ami, doit être préservée d'une renonciation dont elle ne saisit pas toujours la portée. Il serait bon que cette caution récupère sur sa tête la protection que rejette la première ; la déchéance gagnerait ainsi en force ce qu'elle perd en étendue.

485. — Application. Le principe ainsi dégagé doit faire l'objet d'une application différentielle suivant le contexte. Deux sortes de cautions sont concernées par la possibilité d'une renonciation ainsi envisagée.

(1) A. TUNC (art. précité) insiste sur le rôle que joue la technique dans l'appréciation de la conduite du professionnel : « la technique, multipliant l'efficacité de la diligence humaine, accroît d'autant le degré de l'obligation ». (n° 7, p. 142).

(2) G. CORNU propose de trouver dans « la qualification professionnelle, sans l'opprobre du soupçon de déloyauté, sans le relai nécessaire de la mauvaise foi... » le critère du renforcement de la responsabilité professionnelle (Obs. Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 128, n° 1 in fine).

(3) Les formulaires de cautionnement que les banques imposent à leurs cautions en regorgent.

D'abord la caution intégrée, c'est-à-dire principalement le dirigeant de société qui cautionne son entreprise. Il est en effet mieux placé que quiconque pour savoir quelles sont les sûretés que sa société concède au créancier et surtout à quel moment ces sûretés n'ont plus de valeur ou bien sont perdues par la faute du créancier. Plus souvent même il concourt lui-même à cette perte par son action à la tête de la société débitrice. Il serait inique de ne point tenir compte de cette connaissance acquise es-qualités mais qui profite assurément à la caution. Les tribunaux ne négligent d'ailleurs pas cet aspect et retiennent souvent la position de la caution au nombre des arguments qui leur permettent d'écarter ses prétentions : ainsi a-t-il été jugé que les associés gérants d'une S.A.R.L. qu'ils cautionnent ne peuvent invoquer l'art. 2037 C. civ. «car ils ne sauraient se prévaloir de leurs propres fautes» (1). De la même façon les relations entre conjoints ou parents qui se cautionnent permettraient de faciliter les renonciations au bénéfice de subrogation.

La deuxième caution qui par sa position ou sa qualification serait à même de renoncer sans péril est la caution professionnelle. Placée en position de supériorité par sa compétence technique et par la qualité de son service, elle peut imposer au créancier tout comme au débiteur des obligations de renseignements et par diverses clauses se prémunir contre la survenance de tout risque (2). La Cour de cassation a même pu juger qu'«il n'appartient pas au Trésor Public, créancier, de donner à la caution des renseignements sur le débiteur, dès lors que l'objet social de la caution est la réalisation de contrats de cautionnement» (3). Cette constatation n'est que la traduction dogmatique d'une réalité sociologique profonde ; les banques et sociétés de cautionnement sont bien les seules à profiter de tous les droits que leur confère le Code civil et notamment les recours préalables, avant paiement (4).

Les raisons qui justifient la possibilité pour ces deux sortes de caution de renoncer au bénéfice de subrogation n'ont cependant pas la même force. Alors que la notion de caution intégrée reste relativement floue et qu'il faut donc ménager à celle-ci le droit d'établir la précarité de sa position, la compétence et la qualification professionnelles que détient nécessairement la banque ou la société de cautionnement incitent à ne lui laisser aucune échappatoire. Ainsi serait reproduite au plan du cautionnement la situation mettant aux prises le vendeur et l'acquéreur professionnels. La tendance à valider entre eux

(1) Trib. com. Seine 7 janvier 1966, Gaz. Pal. 1966, 1, 317 ; Rev. soc. 1966, p. 206.

(2) Les contrats de cautionnement proposés aux parties à un prêt hypothécaire notarié abusent de cette possibilité. Ils imposent ainsi de fort lourdes obligations au débiteur (art. 4-B, p. 5 du contrat du Crédit Agricole), limitent les droits du créancier (art. 2, pp. 2 et 3) et renforcent le bénéfice de subrogation (art. 8, p. 7) sans évidemment proposer la moindre renonciation au détriment de la caution.

(3) Com. 17 janvier 1968, Banque 1968, p. 296.

(4) Cf. par exemple Com. 16 décembre 1976, D. 1977, I.R., pp. 46-47 ; espèce dans laquelle une banque caution n'a pas craint d'agir en paiement contre sa propre caution avant même d'avoir été invitée à régler une dette (la dette a par ailleurs été réglée par le débiteur).

les clauses relatives à la garantie des vices cachés (1) trouverait en notre matière un écho dans la validation des clauses de renonciation au bénéfice de subrogation.

La finalité de la déchéance ne servirait donc qu'à limiter l'efficacité de la renonciation au seul profit de la caution qui ne serait ni intégrée ni professionnelle.

486. — Conclusion sur la renonciation au bénéfice de subrogation. En conclusion l'on doit, pour résumer notre point de vue sur la renonciation au bénéfice de subrogation, souligner sa validité de principe. Qu'elle soit anticipée, ce qui est le plus souvent le cas, ou qu'elle ait lieu a posteriori, l'abdication du droit conféré par l'article 2037 C. civ. est permise à la caution.

Néanmoins la multiplication de ces renonciations a rendu la pratique abusive et a conduit doctrine et jurisprudence à rechercher des limites. Les tentatives effectuées par les tribunaux sur le terrain de l'erreur de la caution ou sur celui d'une invalidité en cas de faute ne sont guère probantes. La proposition de nombreux auteurs de s'en remettre à une intervention du législateur visant à conférer à l'article 2037 le caractère d'ordre public n'est pas une meilleure solution car elle reste très aléatoire.

Nous proposons au contraire des palliatifs aux abus des renonciations, palliatifs qui pourraient se révéler préférables et durables. Une première limite à l'efficacité de la renonciation consiste à la considérer comme inefficace lorsque le créancier fait preuve, dans sa conduite qui est à l'origine de la perte des droits préférentiels, d'une mauvaise foi contraire aux principes généraux des contrats. Ainsi la fraude tout d'abord mais aussi les fautes dolosive, intentionnelle, inexcusable et lourde ne le mettent pas à l'abri d'une déchéance justifiée par l'article 2037 C. civ. Par ailleurs une limite spéciale réside dans la finalité de la déchéance : ne pourraient renoncer au bénéfice de subrogation que les cautions qui sont capables de trouver dans le cautionnement ou dans leur position une protection efficace. Ainsi la caution non professionnelle ou non intégrée à l'opération principale, c'est-à-dire l'ami, le parent, le penitus extranei pourrait en tout état de cause invoquer l'article 2037 C. civ.

L'utilité du fondement général du bénéfice de subrogation apparaît donc clairement. La bonne foi jointe à l'équité permettent d'asseoir le bénéfice de subrogation mais aussi de justifier la renonciation à cet avantage «dans son principe comme dans ses limites» (2). La renonciation, qui est un outil pour

(1) En ce sens : Com. 8 octobre 1973, J.C.P. 1975, II, 17927, note J. GHESTIN. — Com. 8 juillet 1975, J.C.P. 1976, II, 18332. — Adde : J. BIGOT : *Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels* : J.C.P. 1976, I, 2755. — F. CHABAS : *Le rapport de la Cour de cassation* (année judiciaire 1973-1974) : J.C.P. 1976, I, 2793, n° 130.

(2) J. CHEVALLIER ; obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 567.

façonner le droit (1), a permis de mettre à nu les rapports de force existants au sein de l'opération de cautionnement. Ainsi ont pu être dégagées les règles qui permettent de l'enfermer dans un cadre précis. Hors de ce cadre le bénéfice de subrogation joue pleinement ; encore convient-il pour cela de régler quelques problèmes de mise en œuvre.

C — Mise en œuvre du bénéfice de subrogation

487. Problèmes - Plan. Le bénéfice de subrogation est apparu comme une déchéance frappant le créancier fautif afin de prévenir la réalisation de préjudice aux dépens de la caution. Cette analyse doit être confrontée à trois difficultés que présentent les conditions de mise en œuvre du bénéfice de subrogation.

La première difficulté consiste à savoir si le droit conféré par l'article 2037 C. civ. est un droit d'agir en justice ou simplement une exception permettant de se défendre (a) ? Le deuxième problème est de savoir si la déchéance étend son emprise jusqu'à l'hypothèse de disparition des droits préférentiels après la subrogation de la caution dans ceux-ci (b). La dernière difficulté est de déterminer sur qui pèse la charge de la preuve du préjudice subi par la caution (c).

a) Le bénéfice de subrogation : action ou exception ?

488. — Divers sens du mot exception. Si nous avons retenu la qualification de déchéance pour la nature juridique du bénéfice de subrogation, nous n'en avons pas moins, comme de nombreuses décisions de justice ou de nombreux auteurs, utilisé le terme d'exception. Cet emploi, qui vient tout naturellement sous la plume en raison de l'utilisation exclusivement défensive du bénéfice de subrogation par les cautions, conduit à la perplexité : la caution peut-elle faire constater l'extinction de sa dette avant que le créancier la poursuive en paiement ?

La situation est rarissime car la caution, par crainte de supporter tout ou partie des dépens et en raison d'une attitude générale de non intervention, ne se lance que rarement dans une action en justice. Quant aux cautions professionnelles, si elles sont déchargées de cette crainte, elles ont intérêt

(1) Cf. pour l'utilisation des renonciations au Moyen-Age afin d'adapter le droit romain à la mesure du régime économique féodal : E. MEYNIAL : *Des renonciations au Moyen-Age et dans notre ancien droit*, nouv. rev. hist. dr. fr. et étran. 1900, pp. 108 et suiv. — J.D. BREDIN : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, travaux de l'association H. CAPITANT, t. XIII, pp. 355 à 384, spécialement pp. 357 à 359. — P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE : *Histoire du droit privé*, t. 1, 2^e ed^o 1969, n^o 87, pp. 100 et 101, et p. 108.

à laisser le cautionnement se poursuivre le plus longtemps possible afin de percevoir en contrepartie leur rémunération. Malgré cela le problème mérite une solution, ne serait-ce que pour les hypothèses où la caution désirerait obtenir au plus tôt l'extinction de sa dette afin de pouvoir en contracter une nouvelle.

Il convient tout d'abord d'écarter la notion strictement procédurale d'exception entendue comme l'obstacle «qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou en suspendre le cours» (1). Malgré l'évidence d'une incompatibilité des deux notions, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la question de savoir si l'article 2037 C. civ. pouvait être invoqué en tout état de cause (2). A notre avis aucun doute n'est permis (3) et le bénéfice de subrogation est un moyen de fond que l'on peut soulever à tout niveau devant les juridictions du fait.

Il reste encore à déterminer si la déchéance qu'édicté l'article 2037 C. civ. permet une action en justice ou s'il n'ouvre qu'une exception entendue au sens romain de moyen de défense. C'est à cette interprétation que certains traités font référence pour en déduire des restrictions au régime du bénéfice de subrogation (4). Or dans notre droit contemporain ce sens du mot exception n'a pas de conséquence effective sur l'institution qu'il désigne. Certes le terme est employé encore mais il ne recouvre pas une notion précise, organisée en un régime particulier. Le bénéfice de subrogation confère donc bien à la caution un droit d'agir en justice (5).

489. — Le débiteur ne peut pas agir. La caution est-elle la seule bénéficiaire de la déchéance frappant le créancier ou bien le débiteur peut-il également agir en ce sens ? La question présente un intérêt notamment lorsque le cautionnement est salarié et que toute durée d'exécution entraîne à la charge du débiteur le paiement d'une rémunération parfois conséquente. Mais le débiteur est un tiers au contrat de cautionnement et il apparaît impossible de lui étendre une protection qui, en raison de sa nature comme en raison de ses fondements, n'est destinée qu'à la caution (6).

(1) Art. 73 N.C.P.C. — Sur la notion d'exception en matière procédurale et sur l'apport de la nouvelle réglementation, cf. J. VINCENT : *Procédure civile*, Précis Dalloz, 16^e ed°, 1976, n° 36 et 37, pp. 59 à 62.

(2) G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1180, p. 620. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 323. — S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Rev. trim. dr. civ. 1974, n° 56, p. 332.

(3) Malgré un arrêt ancien et fort critiqué de la Cour de Montpellier du 23 août 1870, D.P. 1873, I, 38 ; également reproduit sous Civ. 19 novembre 1872, S. 1873, I, 193 note critique J.E. LABBE.

(4) Aux auteurs cités à l'avant-dernière note, adde : P. SIMLER : *J. Cl. civ.* art. 2034-2039, n° 182 et 183.

(5) En ce sens : J.E. LABBE : note précitée. — L. GUILLOUARD : op. cit. 2^e ed°, (1895), n° 242, pp. 273 et 274.

(6) Cf. supra n° 377.

En revanche le débiteur peut agir contre la caution pour obtenir la constatation de l'extinction de son obligation de payer à la caution un service qu'elle ne rend plus en raison de la disparition de son obligation de garantie. Cependant si la caution est un professionnel, ce qui est prévisible puisqu'une rémunération a été stipulée, la déchéance est à sa disposition : elle peut y renoncer soit dans le contrat, soit ensuite en n'agissant pas en déchéance. Le débiteur est alors dans l'impossibilité de faire cesser le cautionnement.

490. — Mise en œuvre amiable ou judiciaire. Cette solution est renforcée par le fait que la déchéance résultant du bénéfice de subrogation n'est pas, à notre avis, automatique. Les auteurs sont assez divisés sur la question et aucun régime général ne se dégage pour la déchéance (1).

Rien ne saurait justifier que la libération de la caution joue de plein droit (2). Le droit commun s'oppose au jeu de plein droit d'une institution car son application est délicate et soulève de nombreuses difficultés (ainsi la condition, la compensation...). Au surplus le bénéfice de subrogation repose sur une infraction au devoir de bonne foi ; or la présomption de bonne foi posée par l'article 2268 C. civ. a acquis en droit positif une portée générale qui impose d'en faire bénéficier le créancier tant que la caution ne l'a pas renversée.

Ainsi donc le bénéfice de subrogation confère à la caution un droit subjectif qu'il lui appartient de faire valoir, amiablement ou judiciairement, à l'encontre du créancier. S'il n'y a pas accord des parties le juge devra trancher. La simple constatation que les conditions d'application du bénéfice de subrogation sont réunies lui impose de décharger la caution ; il ne peut pas exonérer le créancier au dehors des raisons permises par la loi ou l'application du fondement.

Ce droit d'action existe-t-il encore lorsque la caution a déjà été subrogée ?

b) Recours de la caution après sa subrogation

491. — Responsabilité contractuelle. Après que la caution ait payé le créancier, il arrive que celui-ci fasse disparaître les droits préférentiels dont il disposait. Certes ces droits ont en réalité été transférés automatiquement à la caution par le mécanisme de la subrogation personnelle ; mais le créancier conserve quelques temps encore l'apparence de titulaire des droits préférentiels

(1) Tous admettent cependant qu'il y a certaines déchéances qui sont laissés à la disposition de la victime et qui ne peuvent être prononcées que si celle-ci décide d'en demander l'application : G. ROUJOU de BOUBÉE : *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, VO DECHEANCE (1971) n° 17 in fine. — E.M. SALLE de la MARNIERRE : *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit*. Rev. trim. dr. civ. 1933, n° 22, pp. 1088 et 1089 : «Lorsqu'un particulier dispose entièrement d'une déchéance, il est indispensable qu'il agisse pour que celle-ci soit prononcée».

(2) En ce sens : M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed° (1954), n° 1562, p. 1009.

et ses ordres de mainlevée d'un gage ou d'une hypothèque sont exécutés. L'irrémédiable ayant eu lieu, sur quelle base la caution pourra-t-elle obtenir réparation ?

Le problème n'a pas été clairement résolu par les quelques décisions intervenues en la matière, et c'est dans le fondement dégagé pour l'article 2037 C. civ. qu'il faudra trouver les bases d'une solution. Dans le fondement mais non dans le texte lui-même qui est inapplicable : en effet la déchéance instituée par l'article 2037 ne peut frapper qu'un droit non encore exercé, et l'accord se fait en jurisprudence (1) comme en doctrine (2) pour écarter le bénéfice de subrogation du débat.

La répétition du paiement par le créancier avait été suggérée, mais elle est ici inapplicable : la caution a bien payé ce qu'elle devait puisqu'au moment de son exécution les sûretés complémentaires existaient encore. La perte des droits n'étant survenue qu'après le paiement, il n'y a pas eu paiement de l'indû.

La faute du créancier n'en étant pas moins patente, elle est sanctionnée par une responsabilité civile dont les éléments sont à l'évidence réunis. Seule la nature de cette responsabilité demeure trouble. A l'exception de GUENEE qui approuve la solution donnée par la Cour de cassation en 1896 (3) et qui est donc favorable à l'application d'une responsabilité quasi-délictuelle, les auteurs ne se prononcent pas. Les tribunaux hésitent, penchant tantôt pour la responsabilité quasi-délictuelle (4), tantôt pour la responsabilité contractuelle (5).

Le rattachement évident de l'obligation du créancier au contrat de cautionnement entraîne une responsabilité nécessairement contractuelle. En effet le créancier doit, en vertu de la subrogation légale (art. 1251-3° et 2029 C. civ.), transférer au solvens les droits qu'il détient sur le débiteur. Or « le fait que l'obligation de conserver les sûretés est édictée par la loi n'empêche pas qu'elle

(1) Civ. 23 juillet 1883, D.P. 1884, 1, 180 ; S. 1885, 1, 171. — Req. 4 novembre 1896, D.P. 1897, 1, 569 note L. GUENEE ; S. 1900, 1, 509 (mainlevée d'une hypothèque sur le débiteur après collocation dans un ordre sur un immeuble de la caution). — Montpellier, 2ème Ch., 14 décembre 1972, Caisse d'escompte du Midi c/S.A.V.I.C.-SIMCA (mainlevée d'un gage sur une automobile du débiteur après paiement par la caution).

(2) L. GUENEE : note au Dalloz Périodique 1897, 1, 569 précitée. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : t. 24, n° 1118 bis, p. 588 et n° 1176, p. 613. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed°, n° 1562, p. 1010. — P. SIMLER : op. cit. n° 245. — C. AUBRY et C. RAU : t. 6, 7^e ed° par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, § 429, n° 240, note 20, p. 356. — Comp. P. JESTAZ, *Encycl. Dalloz*, Rép. dr. civ., 2^e ed°, V° CAUTIONNEMENT, n° 324 qui semble favorable à une application de l'article 2037 C. civ. par voie d'action.

(3) L. GUENEE : note précitée.

(4) Req. 4 novembre 1896 (précité). Ceci s'explique plus par l'absence de construction théorique de la responsabilité à cette époque que par un choix délibéré.

(5) Montpellier 14 décembre 1972, précité. Cette décision demeure très obscure sur ce point, la seule clarté provenant de l'emploi du terme « faute contractuelle » ; **cependant** aucun texte n'est visé pour asseoir la solution.

soit une conséquence du contrat. Une obligation découlant d'un contrat ne cesse pas d'être contractuelle par le seul fait qu'elle lui est rattachée par la loi» (1). C'est donc bien en violation d'une obligation contractuelle que le créancier perd les droits préférentiels dans lesquels la caution était subrogée. La sanction de cette inexécution réside dans la responsabilité du même type.

491 bis. — Etendue. La solution ainsi dégagée pour les droits préférentiels concernés par le bénéfice de subrogation est-elle également applicable aux sûretés que le créancier a constituées après la conclusion du cautionnement et sans y être obligé ? Peut-il être responsable, sur le terrain du droit commun, de la perte de droits que ne sanctionnait pas l'article 2037 C. civ. ? Suivant que l'on aborde le problème sous l'angle de la subrogation ou sous celui de l'équité l'on aboutit à des solutions opposées.

Si l'on applique la règle du transfert immédiat au subrogé de la totalité des droits préférentiels existant au moment du paiement, le créancier qui fait ensuite disparaître des droits qui ne lui appartiennent plus engage sa responsabilité, quelle que soit la sûreté perdue. Si, au contraire, l'on désire éviter que le paiement ne fasse apparaître une césure profonde dans les droits du créancier, il faut lui reconnaître le droit de disposer avant comme après ce paiement des sûretés qu'il a constituées en dehors de la connaissance de la caution. Leur perte est alors sans conséquence, avant le paiement parce qu'elle ne déclenche pas le bénéfice de subrogation, après parce qu'elle n'engage pas la responsabilité du créancier : il n'a pas l'obligation de conserver après paiement les droits dont il pouvait disposer à son gré avant.

La Cour de cassation aurait pu trancher le débat dans un arrêt du 5 octobre 1964 (2). Sa solution ne fournit pourtant aucun élément de réponse. L'affaire mettait aux prises une caution ayant partiellement payé le créancier et ce dernier qui avait, après ce paiement partiel, donné mainlevée partielle de l'hypothèque sur les biens du débiteur qui garantissait la dette principale. La Cour de Rouen (3) avait libéré la caution du restant de son engagement au motif que le créancier avait commis «un délit civil qui faisait encourir la déchéance édictée par l'article 2037 C. civ.». La Cour d'appel considérait donc que la caution tirait de l'application de l'article 2037 le droit de ne pas payer le solde de sa dette puisqu'elle ne pouvait plus être subrogée dans l'hypothèque du créancier pour être remboursée de la fraction acquittée. La Cour libérait donc la caution par une compensation entre le solde de sa dette de cautionnement et la «créance» qu'elle détenait contre le créancier à raison de sa faute.

(1) Ecrit par P. ESMEIN (in C. AUBRY et C. RAU : op. cit. t. 6, 6^e ed^o, § 429, note 11-6, p. 299) à propos du bénéfice de cession d'actions lui-même. Mais la formule a un tour général qui permet de la transposer dans notre domaine.

(2) Com. 5 octobre 1964, Gaz. Pal. 1964, 2, 446 ; D. 1965, 42 ; J.C.P. 1965, II, 13979 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344 (2^e espèce) obs. J. CHEVALLIER.

(3) Rouen 3 mai 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, 166 ; D. 1962, Somm. p. 21.

Sur pourvoi, la Chambre commerciale esquiva la difficulté et cassa en reprochant aux juges du fond d'avoir appliqué l'article 2037 C. civ. alors que l'hypothèque litigieuse avait été constituée un mois après le cautionnement. La cassation, prononcée sur les conditions d'application du bénéfice de subrogation, ignore totalement le problème de la disparition de la sûreté après le paiement. L'on ne saurait en inférer que la Cour de cassation a voulu écarter le jeu d'une responsabilité de droit commun.

Le choix entre les deux partis reste donc entier. L'effet normal de la subrogation conduit à rendre le créancier responsable de la perte de n'importe quel droit préférentiel dès lors qu'elle intervient après qu'il ait reçu satisfaction. Sa situation est donc plus inconfortable qu'avant qu'intervienne le paiement.

L'iniquité de cette solution permet, au prix d'un tempérament apporté à l'effet subrogatoire justifié par le fondement reconnu au bénéfice de l'article 2037 C. civ., d'unifier la situation du créancier avant et après le paiement. Le créancier n'est obligé à une loyauté, à une bonne foi que dans la mesure où son intérêt est lié à celui de la caution pour la conservation de droits leur profitant à tous deux. En vertu «du principe d'équité qui sert de base à la théorie de la subrogation» (1) l'on doit protéger la caution dans la mesure raisonnable établie pour le bénéfice de subrogation et apporter par contre coup une limitation tout aussi raisonnable à l'obligation du créancier. Les fondements dégagés pour le bénéfice de subrogation font ainsi tache d'huile.

c) Charge de la preuve du préjudice

492. — Difficulté ; absence de solution tranchée - Plan. Alors que la charge de la preuve de la faute du créancier pèse indiscutablement sur la caution, la question de savoir qui doit établir la réalité et le quantum du préjudice risqué par la caution demeure débattue. Si l'on considère que la caution s'est engagée sous la condition d'une subrogation dans certains droits, il appartient au créancier de prouver la réalisation de cette condition ; si au contraire l'on fait reposer le bénéfice de subrogation sur les notions de bonne foi ou de responsabilité civile, c'est la caution qui devra faire la preuve de son préjudice.

La jurisprudence reste très ambiguë et il faut, à notre avis, appréhender le problème de façon pragmatique plutôt qu'à travers les concepts dogmatiques qui ont été proposés. Le recours à l'équité favorise cette démarche et entraîne à répartir la preuve entre les deux contradicteurs.

(1) Formule extraite de l'arrêt de la Cour de Rouen précité et qui justifiait la libération de la caution.

1° - La preuve que doit apporter la caution

493. — Allègement. Puisque au moment où la caution invoque le bénéfice de l'article 2037 C. civ. son préjudice ne s'est pas encore réalisé les éléments permettant d'en établir le quantum sont rares sinon inexistants. Le recours aux présomptions s'impose alors.

La caution doit d'abord déterminer quel est le droit préférentiel dans lequel elle espérait être subrogée. Elle doit ensuite fournir au juge les éléments lui permettant d'apprécier l'avantage qu'elle aurait pu retirer de son utilisation. L'on entre déjà dans le domaine des hypothèses et les juges du fond disposent de toute latitude, à partir des éléments de l'espèce, pour procéder à la recherche et à l'évaluation des qualités du droit perdu (1).

La caution n'a donc qu'une tâche relativement légère puisque c'est surtout au créancier qu'il appartiendra de prouver que son attitude s'inspirait de meilleure loyauté. La doctrine est dans son ensemble favorable à un soulagement de la caution (2) qui n'a donc à prouver que le non respect de son devoir de loyauté et de bonne foi par le créancier. Certains auteurs cependant, retenant principalement les règles régissant la preuve en matière de responsabilité civile, désirent imposer à la caution la preuve de la réalité et du montant de son préjudice (3). Cette position n'est pas soutenable d'une part en raison du caractère futur et éventuel du préjudice, d'autre part en raison de la présomption de déloyauté que fait peser sur le créancier la disparition du droit préférentiel.

2° - La preuve que doit apporter le créancier

494. — Contenu et justification. Le créancier doit établir les limites (ou l'absence de réalité) du préjudice. C'est à lui «de démontrer que cette sûreté [la sûreté perdue] n'aurait pas été utile à la caution» (4). Trois arguments militent en faveur de cette solution.

(1) Par quatre arrêts anciens la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir procédé ainsi : Civ. 8 mai 1850, D. 1850, 1, 158 ; S. 1850, 1, 597. — Civ. 18 janvier 1863, D. 1863, 1, 86 ; S. 1863, 1, 187. — Civ. 2 février 1886, S. 1887, 1, 5 note critique sur ce point de J.E. LABBE ; D. 1886, 1, 233. — Civ. 2 décembre 1895, S. 1896, 1, 65 note critique sur ce point de C. LYON-CAEN.

(2) L. GUILLOUARD : *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^e ed^o, 1895, n° 241, pp. 272 et 273. — M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o (1954), n° 1561, p. 1008. — P. SIMLER : *J. Cl. civil*, art. 2034-2039 (1974), n° 289. — C. AUBRY et C. RAU : *Droit civil français*, t. 6, 7^e ed^o, par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, 1975, § 429, n° 240, note 39, p. 359.

(3) S. BETANT-ROBET : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*, Rev. trim. dr. civ., 1974, pp. 309 à 346, n° 86, p. 345. — J.E. LABBE : note au Sirey 1887, 1, 5. — C. LYON-CAEN : note au Sirey 1896, 1, 65. — L. GUENEE : note au Dalloz Périodique 1897, 1, 569. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24, 3^e ed^o, 1907, n° 1184, pp. 621 in fine et 622. — A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10, éd. 1948 par L. JULIOT de la MORANDIERE, n° 1420-2^o, p. 905. — B. LENFANT : *Le domaine du cautionnement en droit commercial*, thèse, Paris 1959, dactyl., p. 48.

(4) M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER : t. 11, 2^e ed^o, n° 1561, p. 1008.

Un argument de fait tout d'abord : le créancier est souvent le principal détenteur des éléments nécessaires pour établir que le droit préférentiel perdu n'avait pas ou peu de valeur, qu'il n'aurait pas permis à la caution d'être totalement remboursée de sa créance.

Un argument de droit ensuite : le créancier, dont l'attitude laisse supposer une infraction au devoir de loyauté, devient demandeur en exception lorsqu'il soutient que le droit perdu était inutile. A lui, en application de la règle *Reus in excipiendo fit actor*, de prouver la réalité du fait qu'il avance (1). Un argument de technique renforce ce point de procédure : le bénéfice de subrogation est une déchéance et a une vocation à jouer pleinement. Seule la preuve d'une inutilité de la protection préventive permet d'en réduire l'application.

Un argument de logique et d'équité enfin : la caution ayant établi la disparition d'un droit préférentiel a établi en même temps l'infraction au devoir de bonne foi commise par le créancier ; elle a renversé la présomption générale de bonne foi. Le créancier doit donc la rétablir s'il veut échapper à la sanction de l'article 2037 C. civ.

495. — Pratique. En pratique la question ne présente guère de difficulté ; c'est pourquoi le problème n'est abordé que très incidemment par les tribunaux (2). Le créancier a tout intérêt à démontrer l'inefficacité du droit perdu puisque cette preuve ôte tout aspect fautif à son attitude. L'efficacité de sa démonstration est donc double : elle établit l'absence d'un élément nécessaire à l'application de l'article 2037 C. civ. : le préjudice ; elle fait disparaître la coloration fautive que doit revêtir son activité ou sa passivité. Ceci explique que le créancier tâche, dès que l'article 2037 C. civ. est invoqué et sans attendre que la caution ait développé ses arguments, de convaincre le juge de l'inanité d'une telle prétention en justifiant sa position par l'absence de valeur du droit perdu.

Les décisions qui l'ont expressément déchargé de cette preuve sont très rares. L'une (3) doit être écartée en raison de son fondement : rejetant l'application de l'article 2037 C. civ. la Cour d'appel et la Cour de cassation ont apprécié la mainlevée donnée par le créancier en termes de quasi-délit et de droit de la responsabilité délictuelle. L'autre (4) statua certes en application du bénéfice de subrogation et mit la totalité de la preuve à la charge de la caution ;

(1) En ce sens : L. GUILLOUARD, op. cit. n° 241, p. 273.

(2) Aux arrêts cités supra note 3, p. 593. Adde : Com. 21 juillet 1964, Bull. civ. 1964, III, n° 390, p. 347 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, p. 344, obs. J. CHEVALLIER (1ère espèce). Le créancier soutenait que la réalisation du gage avait été favorable aux intérêts de la caution ; la Cour d'appel est censurée pour n'avoir pas répondu à ces conclusions, mais non pour avoir laissé cette preuve à la charge du créancier. — Com. 3 novembre 1975, J.C.P. 1978, II, 18891, note P. SIMLER, la Cour approuvant les juges du fond d'avoir laissé au créancier le soin de prouver que les sûretés perdues eussent été inutiles à la caution, ce qu'il ne réussit pas à établir ; V. les obs. approbatrices de P. SIMLER (II de la note).

(3) Req. 4 novembre 1896, D. 1897, 1, 569 note L. GUENEE ; S. 1900, 1, 509.

(4) Paris 31 octobre 1950, Gaz. Pal. 1951, 1, 14 ; D. 1951, Somm. p. 10.

mais elle fut contredite par un arrêt postérieur de la même juridiction (1) qui affirma que «pour éviter ou limiter les effets de l'article 2037, le créancier est cependant admis à établir que la caution n'a subi aucun préjudice ou un préjudice inférieur au montant de son engagement».

Ainsi prévaut l'opinion déjà exprimée par GUILLOUARD qui écrivait : «la caution prouve l'abandon de la sûreté, c'est-à-dire la faute du créancier ; au créancier de faire le reste, et de prouver l'absence de préjudice» (2). La répartition de la charge de la preuve, justifiée par la bonne foi et l'équité qui inspirent le bénéfice de subrogation, respecte l'esprit de l'institution et ses contingences pratiques.

Conclusion de la Section II :Déchéance entraînée par le bénéfice de la subrogation

496. — Récapitulation. La multiplication de la pratique du cumul des garanties réelles et personnelles confère une acuité particulière au problème du régime et du fondement qu'il convient d'accorder au bénéfice de subrogation. La volumineuse jurisprudence traitant de la question en prouve assurément la vitalité judiciaire. Elle a au moins le mérite d'échafauder pièce à pièce un droit positif pleinement satisfaisant qui permet ensuite à l'observateur de dégager ses racines et ses prolongements. Les grandes lignes du régime conféré au bénéfice de subrogation sont les suivantes.

Toutes les cautions, quelle que soit la nature de leur engagement peuvent invoquer le bénéfice de subrogation. Le donneur d'aval est inscrit ainsi au nombre des bénéficiaires malgré le particularisme du droit cambiaire. En revanche aucun co-débiteur, quand bien même ne serait-il pas intéressé à la dette, ne peut prétendre jouir du bénéfice de subrogation.

Le déclenchement du bénéfice consistera en toute attitude du créancier, positive comme négative, mais nécessairement fautive, qui a affecté un droit préférentiel dont il disposait. Cette notion de droit préférentiel est entendue largement par les tribunaux qui y font entrer tout avantage spécial supérieur au droit de gage général du créancier. Pour que le bénéfice de subrogation puisse jouer il faut que la caution ait pu légitimement fonder sur le droit préférentiel perdu un espoir d'amélioration de son remboursement.

La dernière condition, purement prétorienne, est l'existence potentielle d'un préjudice découlant de la perte d'un droit préférentiel efficace.

(1) Paris 5 octobre 1966, J.C.P. 1967, II, 15301, note P. LESCOT ; D. 1967, 115.

(2) L. GUILLOUARD : traité précité, n° 241, in fine p. 273.

Les explications fournies pour justifier le bénéfice de subrogation sont nombreuses et divergentes. Nous les avons examinées et rejetées pour analyser cette institution en une déchéance, mécanisme édicté pour renforcer la bonne foi et respecter l'équité. La bonne foi que doit tout contractant dans l'exécution des conventions fait peser sur le créancier un devoir de loyauté que justifie, en particulier dans le cautionnement, l'intérêt commun que le créancier et la caution portent à la conservation des droits préférentiels amassés en garantie de la dette principale. Ce renforcement de la bonne foi canalisée par l'article 2037 C. civ. s'explique par une force plus importante de l'équité due au caractère accessoire du cautionnement et à la position de retrait de la caution.

L'application de ce fondement permet de combler les interstices que le droit positif a laissé dans la construction. Le problème le plus important est assurément celui posé par les renoncements au bénéfice de subrogation que multiplient les créanciers. Si leur validité générale ne peut être mise en doute, des limitations se dégagent d'une part du fondement du bénéfice de subrogation et d'autre part de sa finalité (1). Au surplus le fondement permet de faciliter la résolution de quelque problème mineur de mise en œuvre.

497. — Déductions - Unification des diverses formes de cautionnement.
Sur la nature et le régime ainsi dégagés deux considérations doivent être portées.

1) La première tend à voir dans le bénéfice de subrogation un élément d'unification de tous les cautionnements. L'application de l'article 2037 C. civ. à la caution solidaire, vivement critiquée par certains (2), constitue assurément le lien le plus solide qui unisse toutes les cautions. A travers cette résistance jurisprudentielle au dogmatisme et à la froide déduction apparaissent les lignes de force du bénéfice de subrogation : protection équitable de la caution en raison de sa situation de retrait. Cette attitude appelle alors une seconde considération, complémentaire de la première mais également antithétique.

498. — Régime spécial du cautionnement professionnel.

2) La seconde considération concerne l'apparition d'un clivage entre le cautionnement professionnel et le cautionnement non professionnel. C'est à propos des renoncements au bénéfice de subrogation que l'opposition, entre la caution intégrée ou professionnelle d'une part et la caution rendant un service d'ami d'autre part, apparaît le plus nettement. La compétence et l'information dont disposent les cautions professionnelles ou intégrées leur permettent sans grand dommage de renoncer librement à la protection légale ; au contraire

(1) Pour un résumé du mécanisme et de la nature de ces limitations, cf. supra la conclusion de leur étude, n° 486.

(2) Notamment : C. BEUDANT par P. VOIRIN : t. 13, 2^e ed° (1948), n° 136 à 138, pp. 136 à 141. — P.A. SIGALAS : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Thèse précitée, n° 104, pp. 96 à 98.

la caution qui ne remplit pas ces conditions doit bénéficier d'une protection permanente et pour cela ne doit pas être admise à renoncer au bénéfice de subrogation.

L'on pourrait certes craindre que cette interdiction des renonciations au bénéfice de subrogation ne paralyse le créancier lorsqu'il a également exigé une sûreté réelle. Ne pouvant plus disposer librement de celle-ci (1), il peut être amené à considérer le cautionnement comme un frein, une entrave indésirable. Une désuétude de cette sûreté personnelle serait alors à craindre. L'on pourrait répondre que l'avenir du cautionnement est pareillement mis en péril par les prétentions excessives du créancier qui entend se libérer de toute contrainte même morale. La réfutation consistera bien mieux en une accentuation du clivage amorcé à propos des renonciations. Si la caution ressortissant au droit commun doit bénéficier d'une protection comparable à celle que le législateur de 1804 avait instauré à son intention, la caution professionnelle, phénomène nouveau surtout dans son développement croissant, appelle un régime différent. Toute liberté lui est laissée pour modeler son engagement : les conditions d'égalité entre les co-contractants étant rétablies, face au créancier professionnel la caution également professionnelle peut opposer des armes égales. Deux degrés de cautionnement se feraient ainsi jour, l'un de droit commun, l'autre professionnel, ménageant entre eux une place à la caution intégrée.

Ces clivages qui apparaissent à l'occasion de l'utilisation des formulaires du cautionnement sont encore plus marqués avec l'insertion dans ces contrats-types de clauses de déchéance conventionnelle au bénéfice de la caution.

SECTION III

DECHEANCE CONVENTIONNELLE

499. — Rareté ; exemples. Il est parfaitement possible pour les parties de prévoir que le créancier perdra les droits que lui confère le contrat s'il n'accomplit pas certaines obligations qui lui sont imposées. La stipulation de telles clauses de déchéance est rare car elle nécessite une caution en position de force et un créancier en position d'infériorité. Ce sont donc les hypothèses où la caution est une caution professionnelle qui peuvent seules fournir des exemples à notre matière.

(1) Notamment pour l'affecter à une autre dette, non garantie, du même débiteur.

Dans les contrats de garantie professionnelle concernant soit les avocats, soit les agents immobiliers, la caution est certes en mesure d'imposer toutes ses volontés aux autres parties. Cependant la particularité de ces contrats de garantie est d'être passés avec le débiteur cautionné sans que le créancier (la victime ultérieure de ce débiteur) puisse intervenir puisqu'il n'est pas encore connu. C'est pourquoi ces contrats de garantie ne contiennent aucune obligation à la charge du créancier ni aucune déchéance.

Les cautionnements professionnels les plus traditionnels sont certainement ceux que les sociétés de cautionnement ou les banques contractent à l'égard de l'administration sous ses différentes formes. La relation s'établit ici sur des bases égalitaires et la caution n'a pas la possibilité d'imposer au créancier des obligations trop lourdes ni a fortiori de le soumettre à des déchéances conventionnelles. Si la sanction n'est pas précisée il est cependant stipulé dans les états d'adhésion au cautionnement collectif contracté avec la direction générale des impôts que « tout retard dans le paiement des droits garantis ou non par la caution doit être aussitôt signalé par le service des impôts à cette société de cautionnement et entraîner le retrait des registres de vignette, de factures-congés et de liasses d'acquits, ainsi que de tout crédit pour le paiement des droits qui deviennent exigibles par la suite » (1). Comme aucune sanction n'est stipulée, il faut en déduire que l'inexécution de cette obligation ne serait sanctionnée que par la responsabilité contractuelle de droit commun et non par une déchéance. En pratique d'ailleurs les cautions professionnelles invoquent rarement la faute de l'administration ; ceci s'explique d'une part par le désir de maintenir des relations cordiales existant entre le créancier et sa caution et d'autre part par la politique générale de sécurité que les cautions professionnelles suivent afin de donner une image de sérieux et d'efficacité.

Hormis cette clause nous n'avons pas trouvé d'obligation à la charge de l'administration. Il est d'ailleurs symptomatique que les études sur le cautionnement bancaire ne mentionnent pas la déchéance conventionnelle comme moyen de libération de la caution (2). De même le code du cautionnement rédigé par la direction générale des impôts et règlementant tous les cautionnements à son profit ne prévoit ni obligation à sa charge ni déchéance à son encontre (3).

L'exemple le plus net de déchéance conventionnelle met en présence les cautions professionnelles et les prêteurs particuliers. Proposant leur garantie par l'intermédiaire du notaire rédigeant l'acte de prêt hypothécaire, ces cautions imposent l'insertion de clauses qui obligent le prêteur à mettre l'emprunteur en demeure, sous peine de déchéance, dans un certain délai suivant l'échéance

(1) Formulaire de l'Etoile Commerciale utilisé pour le cautionnement des droits sur le transport des alcools. Verso du formulaire, dernière colonne in fine.

(2) Cf. J.P. WATTIEZ : *Le crédit par caution (le cautionnement bancaire)*, Thèse, Lille 1963, Sirey 1964. Cet auteur n'aborde jamais la question, faute semble-t-il de matière.

(3) Règlement n° 3751 du 10 décembre 1973 (réimprimé février 1975). Instruction de la même date n° 12-A-17-73.

non respectée (1). De plus une clause prévoit que «la garantie ne pourra être mise en jeu en cas de faute intentionnelle ou dolosive du prêteur» (2). Même si le terme de déchéance n'est pas employé, la formule en instaure réellement une.

500. — Dangers et limites. Ces exemples de sanction contractuelle entraînent réellement une déchéance. Ce ne sont pas des clauses pénales puisqu'elles n'établissent pas une réparation forfaitaire du préjudice. Ce ne sont pas non plus des clauses de résolution ou de résiliation car elles laissent intacte la fraction exécutée du contrat et peuvent en laisser survivre certains pans.

L'organisation de ces déchéances par le contrat paraît d'une grande sévérité à l'égard du créancier. Celui-ci, placé en position d'infériorité, doit pouvoir espérer la même protection que celle qui est accordée à la caution en cas de nécessité. Le créancier dans ces contrats n'a même pas l'information qu'édicte le Code des assurances (art. L.112-4 dernier al.) en imposant une mention en caractère très apparent des déchéances encourues par l'assuré.

Le phénomène d'une caution imposant ses desiderata est nouveau et en mesure de se développer. Plutôt que de souhaiter une intervention législative visant à limiter l'étendue de ces déchéances, l'on peut proposer de soumettre leur validité au respect de l'équilibre du contrat de cautionnement. La caution professionnelle percevant une rémunération de la part du débiteur principal doit fournir une contre-prestation en assumant un risque (3). Si les contraintes imposées au créancier et les déchéances les sanctionnant deviennent telles qu'elles suppriment en quasi-totalité ce risque, elles sont incompatibles avec l'économie du contrat.

On peut alors se demander s'il ne serait pas possible au juge d'annuler de telles clauses ou d'en limiter la portée. L'effort jurisprudentiel développé pour restreindre les rémunérations excessives des agents immobiliers, les tentatives des juges du fond de limiter ou annuler les clauses pénales léonines, l'intervention du législateur pour régler ce même problème, toutes ces poussées montrent que l'atteinte intolérable à l'équité justifie une réaction de protection contre les excès de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des conventions (4). Les armes pour combattre les excès librement acceptés sont toutefois

(1) Formulaire de garantie de bonne fin des prêts hypothécaires privés ; par exemple celui du Crédit Agricole (janvier 1977) art. 2, al. 2 (p. 2). Sur ces cautionnements d'un type particulier, rédigés en des termes quasi-identiques par toutes les grandes banques après des négociations avec le Conseil Supérieur du Notariat, cf. supra note 4, p. 40.

(2) Ibid. art. 2, dernier al., p. 3.

(3) Cf. supra l'étude de l'intérêt de cautionnement, objet de la prestation née de l'obligation de couverture qui est analogue à l'intérêt d'assurance, n° 259.

(4) Alors que le droit positif français ne tolère que des protections ponctuelles et limitées, nombre de droits étrangers organisent le contrôle judiciaire des stipulations excessives autour de principes directeurs : la bonne foi en droit germanique (Cf. son application à la clause pénale par le § 343 du B.G.B. et l'art. 163 al. 3 du Code suisse des obligations ; adde le § 36 de la loi suédoise du 11 juin 1915), la « considération » en droit anglais. Comp. également le droit italien (art. 1384 C. civ.).

d'une efficacité limitée sans le secours du législateur. Le débat ouvert par les clauses pénales insérées dans le contrat de crédit-bail en a fourni la preuve. Après que se soient épuisées les tentatives doctrinales, l'obstination de la Cour de cassation a déclenché l'intervention bénéfique du Parlement (1).

Malgré ce précédent fâcheux il n'est pas sans intérêt de reprendre l'argumentation reposant sur une atteinte à la cause entendue au sens de contrepartie objective, d'équivalent économique. Une première tentative à l'encontre des clauses pénales dans le contrat de crédit-bail, reposant sur l'illicéité ou l'absence totale de cause (2) fut justement écartée (3). Mais cet échec laisse ouvert le recours à l'absence partielle de cause des sanctions contractuelles, recours qui permettrait au juge de contrôler et de réduire les clauses pénales ou les clauses de déchéance disproportionnées par rapport au dommage subi.

Le raisonnement, tenté pour la clause pénale (4), peut être sans difficulté étendu à la déchéance conventionnelle. La clause pénale est une évaluation forfaitaire et comminatoire du préjudice résultant d'une inexécution ; elle puise donc sa raison d'être dans l'existence potentielle de ce préjudice. Puisqu'elle tient sa force de l'existence ou de l'éventualité du préjudice, quelle est sa justification au cas de préjudice inexistant ou ridiculement faible ? Le crédit-bailleur qui récupère un bien d'utilisation courante (véhicule automobile, matériel ménager ou de bureau) et parfaitement réutilisable, ou celui qui a totalement amorti le coût de revient du bien loué (5) peuvent-ils prétendre à l'application intégrale de la pénalité ?

La clause prévoyant une sanction excessive pourrait ainsi être annulée pour illicéité de sa cause « si le contrat prévoit dès l'origine une pénalité hors de proportion avec le préjudice le moins probable du créancier » (6). Plus pragmatiquement, elle pourrait être réduite, lors de l'inexécution, pour absence

(1) Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, modifiant les articles 1152 al. 2 et 1231 C. civ.

(2) Ses principaux défenseurs (B. BOCCARA : Note au J.C.P. 1970, II, 16155, spécialement III de la note ; Note au J.C.P. 1971, II, 16581, spécialement II de la note. — et B. BOUBLI : Note au J.C.P. 1970, II, 16576, spécialement II-a de la note), constatant que le montant de la clause pénale était souvent égal à la prestation due par le locataire, soutenaient que le loueur qui obtenait la résolution du contrat plus l'application de la clause pénale cumulait en réalité la suppression de sa prestation (résolution du contrat) avec l'exécution de la contre-prestation (par le moyen détourné de la clause pénale). Cette « exécution », dépourvue de contrepartie et donc de cause, devrait être annulée (En ce sens : Paris 27 juin 1970, J.C.P. 1970, II, 16576, obs. B. BOUBLI ; Paris 4 mars 1971, Gaz. Pal. 1971, I, 382, note V. AMZALAC ; D. 1972, p. 582, note P. MALAURIE).

(3) Cf. la vigoureuse critique de P. MALAURIE (Note précitée, D. 1972, p. 582, spécialement II de la note) qui démontre la différence de cause entre les loyers (contrepartie de la jouissance du matériel) et la clause pénale (indemnisation forfaitaire d'un préjudice). — Adde E.M.B. : Note au J.C.P. 1971, II, 16860, spécialement III de la note.

(4) Cf. l'intéressante proposition formulée par B. BOUBLI : *Réflexions sur la clause pénale dans les contrats de leasing et de renting*, Rec. gén. lois jur. (Rép. Comaille) 1971, pp. 641 et suiv., spécialement III de l'article.

(5) L'argument a été retenu par la Cour de Paris (4 mars 1971 : précité) pour réduire le montant de la pénalité due par le locataire de matériel téléphonique.

(6) B. BOUBLI : art. précité, III.

partielle de cause si une disproportion énorme apparaît entre le préjudice et sa sanction.

La transposition de cette construction en matière de déchéance conventionnelle est aisée puisque la finalité de cette clause est en partie la même que celle de la clause pénale : éviter l'apparition d'un préjudice et en combattre les conséquences s'il se produit. La proportionnalité de la prévention au préjudice risqué par la caution trouvera ainsi en cas de déchéance conventionnelle l'application que la jurisprudence lui a réservée dans le cadre de l'article 2037 C. civ.

L'extension ne saurait être ambitieuse ni l'atteinte à la force obligatoire des conventions trop sévère. L'absence partielle de cause innerve peu ou prou les notions voisines de lésion (1), de réduction des honoraires du mandataire (agent d'affaires, médecin, avocat) ou de diminution du prix d'un office ministériel, etc... De plus cette proposition rejoint la tendance nouvelle à dénoncer les clauses abusives, amorcée par l'action du Secrétaire d'Etat à la consommation. Cet effort, concernant quelques contrats entre professionnels et particuliers, répond à un besoin certain de sécurité et de loyauté des transactions (2) qui lui a permis de trouver un écho très favorable dans les milieux juridiques. S'il est trop tôt pour tracer un avenir, il est certain que les relations de cautionnement entre professionnel et profane offrent un terrain de choix aux idées qu'il porte en germe.

La déchéance a certes, d'une façon générale, un rôle épurateur à jouer mais elle ne peut l'accomplir au sein du cautionnement qu'en respectant l'équilibre des intérêts en présence. La déchéance instaurée par la loi permet de sanctionner le créancier de mauvaise foi ; celle qu'instaure le contrat ne doit pas permettre la mauvaise foi de la caution.

(1) Comp. H., L., J. MAZEAUD et M. de JUGLART pour qui « il n'est pas douteux que l'absence partielle de cause se rapproche beaucoup de l'idée de lésion » : t. 2, vol. 1, 5^e ed^o, n^o 276, p. 243.

(2) Premier point du programme de Mme SCRIVENER approuvé par le Conseil des ministres du 26 mai 1976 (Le Monde : 27 mai 1976, p. 34).

CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME : LA FAUTE DU CREANCIER

501. — Récapitulation. Même au sein d'un contrat unilatéral comme le cautionnement, le créancier qui est exempté de toute obligation doit néanmoins observer une conduite empreinte de loyauté et respectueuse des intérêts légitimes de la caution. La morale s'allie à la règle juridique pour prévenir ou sanctionner les fautes du créancier préjudiciables à la caution, obligé accessoire éloigné de l'opération principale et dont les intérêts sont trop souvent négligés. Deux techniques permettent d'atteindre ce but : la responsabilité civile de droit commun, d'application marginale dans un contrat dépourvu d'obligation pour le créancier, et la déchéance, d'application plus étendue car aménagée par des règles spéciales.

La responsabilité civile ne peut que rarement atteindre un créancier dégagé de toute contrainte. Tout au plus fournit-elle un frein au mépris parfois excessif qu'il manifeste pour le sort du remboursement de la caution. L'on peut ainsi penser que l'exercice abusif de ses droits, et notamment du droit de ne pas informer la caution, trouvera dans la technique de la responsabilité civile une juste sanction. Une telle limite à ses prérogatives pourrait contraindre le créancier à un minimum de collaboration.

Le même objectif pourra être atteint grâce à l'effet comminatoire de la déchéance que des dispositions particulières insèrent dans le droit du cautionnement. Ce peuvent être alors des dispositions contractuelles, mais elles sont rares en pratique car il faut pour les imposer que la caution détienne une supériorité technique et économique que seule une compétence professionnelle face à un créancier profane peut lui conférer. Néanmoins la déchéance conventionnelle (symptôme d'un cautionnement - contrat d'adhésion imposé au

créancier) (1) devrait se développer avec l'essor des cautionnements fournis par les Banques et Sociétés de Caution Mutuelle à des créanciers non-professionnels. Afin d'éviter que son jeu ne fausse l'équilibre du contrat et ne dégage trop facilement la caution, l'adéquation de la déchéance au préjudice subi s'avère nécessaire.

La déchéance cambiaire, sanction frappant le porteur négligent, s'adapte à l'aval sans modification particulière, ne supprimant que le rapport du change aux strictes conditions prévues par les textes.

Enfin et surtout la déchéance est implantée au sein du cautionnement par l'article 2037 C. civ. qui instaure le bénéfice de subrogation. En raison de la rédaction elliptique du texte, la jurisprudence a dû échafauder sur sa base un droit positif plus empirique que raisonné mais dont la cohérence est assurée par la qualification retenue de déchéance. Afin de cimenter les différentes pièces de la construction, la recherche d'un fondement s'est révélée nécessaire. Nous l'avons trouvé dans la bonne foi contractuelle, renforcée par une certaine communauté d'intérêts entre le créancier et la caution autour des droits préférentiels (2), et dans l'équité renforcée par le caractère accessoire du cautionnement. L'application de ce fondement peut notamment permettre de résoudre la question des renonciations au bénéfice de subrogation.

La renonciation à cette protection est par principe valable même si elle est anticipée. L'abus d'utilisation dont elle est l'objet peut néanmoins être freiné par deux règles restrictives de sa validité. Le créancier ne pourra pas se prévaloir de la renonciation à l'article 2037 C. civ. d'une part lorsqu'il est de mauvaise foi (et le professionnel pâtit d'une présomption en ce sens) et d'autre part lorsque la caution n'est ni professionnelle, ni intégrée à l'opération globale enserrant le cautionnement. Ainsi donc les cautions non-professionnelles sont protégées contre leur propre faiblesse et les cautions professionnelles (banques, sociétés de cautionnement, sociétés de caution mutuelle), ont tout loisir de durcir leur engagement. Elles sont en mesure d'en supporter la charge car l'étude préalable du dossier et la rémunération compensatrice qu'elles perçoivent atténuent les risques encourus. Ces mêmes raisons justifient qu'on leur assimile la caution intégrée à l'opération principale (dirigeant de la société cautionnée, époux, etc...).

La faute du créancier trouve donc dans les règles de la responsabilité civile, et surtout dans celles de la déchéance, une sanction harmonisée, comminatoire et équitable. Ces trois caractères ont sur le régime général du cautionnement une influence non négligeable.

(1) Deux critères permettent d'appliquer cette qualification : la pré-rédaction du contrat par la caution et la supériorité technique de la caution, qui plus que la supériorité économique, apparaît à notre avis comme le critère du contrat d'adhésion. — Sur la pré-rédaction de ces contrats cf. E.S. de la MARNIERRE : *Eléments de méthodologie juridique*, Paris, Lib. Journ. not. avoc. 1976, n° 49, p. 110, texte et note 194. — Adde sur la critique de la notion de contrat d'adhésion : éod. op. n° 24, pp. 54 à 58.

(2) Bien que cet intérêt soit sensiblement atténué chez le créancier lorsque la caution est d'une solvabilité à toute épreuve, la plus grande fréquence des situations inverses permet, nous semble-t-il, d'en généraliser le principe.

502. — 1) Faute et personne des parties. L'extinction du cautionnement provoquée par la faute du créancier est principalement fonction de la personne des parties. Grâce à cette adaptation à l'activité et surtout aux caractères des parties, la sanction de la faute du créancier s'harmonise avec les aspects changeants de la personnalité. La position de la caution ou son intérêt dans l'affaire cautionnée commandent des réponses diversifiées aux problèmes de l'information de la caution ou de sa renonciation au bénéfice de subrogation. Ces caractères rattachent étroitement l'extinction à la personne et intègrent les particularités des parties dans le statut de l'extinction du cautionnement.

503. — 2) Renforcement de la vigilance du créancier. Le cautionnement confère certes une sécurité accrue, mais il tire également de sa nature de contrat le respect par le créancier d'une certaine loyauté et bonne foi. La déchéance qui atteint le droit du créancier fautif de ne pas avoir ménagé les intérêts légitimes de la caution peut faire naître une crainte salutaire et génératrice d'une vigilance accrue. Cette vigilance indirectement imposée concrétise l'apparition d'un devoir à la charge du créancier, devoir dont la présence atténue le caractère unilatéral du cautionnement.

504. — 3) Rôle de la morale et de la bonne foi. Contrat à but économique, le cautionnement n'est cependant pas réfractaire à toute immixtion de la bonne foi. Elle apparaît sous l'éclairage donné par l'extinction pour faute du créancier : à la mission de « pivot moral du jeu des volontés autonomes » (1) qu'elle assume lors de la formation des conventions s'ajoute dans le cautionnement un rôle compensateur du déséquilibre de l'exécution, un rôle moralisateur de la conduite du créancier. L'application aux diverses catégories de cautions est néanmoins empreinte de quelques nuances.

A la caution professionnelle s'applique cette « morale des affaires,... impératif catégorique de la parole donnée » (2) qui lui interdit d'invoquer une échappatoire ; en conséquence toute latitude lui sera laissée pour abdiquer le bénéfice de subrogation, et comme par ailleurs elle ne dispose d'aucune prérogative d'information sur le créancier, elle ne pourra que difficilement critiquer ses abus du droit de ne pas l'informer.

(1) F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2 (2^e ed^o, nouveau tirage, 1954), n^o 171 in fine, p. 156.

(2) J. CARBONNIER : t. 4 (8^e ed^o, 1975), n^o 3.b, p. 12.

Au contraire l'engagement d'une caution non-professionnelle, imprégné de cette morale «du renoncement, ...de l'universelle remise de dette» (1) aura meilleur titre à bénéficier d'un régime protecteur de la caution et contraignant le créancier à plus de loyauté.

En amorçant le clivage entre cautionnement professionnel et non-professionnel, l'extinction du cautionnement pour faute du créancier trace peut-être l'avenir de cette sûreté.

(1) J. CARBONNIER : *ibidem*.

CONCLUSION

505. — Opposition et rapprochement des causes d'extinction. A l'instar de GURVITCH concluant sa thèse, nous avouerons que «ce ne sont pas tant les théories que les problèmes qui nous ont occupé dans ce livre» (1). Nous nous étions en effet fixé pour but de déterminer un statut de l'extinction du cautionnement. La récapitulation des solutions sectorielles satisfaisant cet impératif serait inutilement fastidieuse puisque chaque conclusion de titre y pourvoit. Mais nous avions également pour dessein d'éclairer les rouages du mécanisme du cautionnement à l'aide des lumières projetées par son dénouement : il appartient à cette conclusion de parfaire cet objectif.

La démarche qui distinguait les causes d'extinction inhérentes aux engagements des parties de celles inhérentes à leur personne participait de la logique qui sépare l'analyse objective de l'analyse subjective. Il ne s'agissait pas d'opposer la volonté (élément subjectif) aux contingences extérieures (éléments objectifs) (2) car la volonté ne tient qu'un rôle secondaire dans l'extinction des obligations. Totalement absente de certains événements extinctifs (3), elle n'apparaît jamais à l'état pur comme facteur d'extinction (4).

L'opposition entre causes objectives et subjectives d'extinction se justifie surtout par la différence d'optique des règles qui gouvernent chaque catégorie.

(1) G. GURVITCH : *Le temps présent et l'idée du droit social*, Thèse, Lettres, Paris, Ed. Vrin, 1931, p. 298.

(2) Comme cela a été fait à propos de la formation ou de l'exécution des obligations : cf. *supra*, n° 10, p. 16, note 2.

(3) Le fait du prince est le meilleur exemple : cf. l'extinction indirecte des cautionnements résultant des mesures prises en faveur des rapatriés d'Algérie. La loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 a imposé la mainlevée d'autorité de toute sûreté réelle concernant les rapatriés, même si elle a été consentie par une personne autre que le débiteur. Tout cautionnement réel entrant dans ce cadre est donc éteint. (Sur ce point, cf. H. BLIN : *la loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et des personnes dépossédées de leurs biens outre-mer*, J.C.P. 1970, I, 2293, spécialement n° 19 et 31). La loi n° 78-1 du 2 janvier 1978 a étendu l'impossibilité des poursuites à toutes cautions de prêts ayant servi à l'acquisition, la conservation, l'amélioration ou l'exploitation de biens sis en Algérie : art. 49 in fine modifié de la loi n° 70-632 du 15 juillet 1970.

(4) Même le mutuis dissensus ne peut exister abstraitement et doit s'intégrer à l'une des causes objectives d'extinction recensées : satisfaction du créancier en cas de transaction ou de remise de dette, dissolution ou stérilité que l'accord des parties ne fera que constater.

Alors que les causes objectives sont régies par un droit commun presque exempt d'aménagements et qui maintient un juste équilibre entre les intérêts respectifs, les causes subjectives sont marquées d'une originalité de conception et de régime qui reflète le particularisme du cautionnement. L'apparition de protections spéciales qu'elles instaurent illustre la constatation plus générale selon laquelle le «droit des contrats spéciaux... est en train de refouler la théorie générale des obligations» (1).

Cette opposition des deux groupes de causes d'extinction laisse néanmoins apparaître un phénomène commun de diversification des cautionnements. L'étude des causes objectives a révélé l'importance de la distinction entre les cautionnements à exécution instantanée et ceux à exécution successive, tandis que l'examen des causes subjectives a dévoilé le clivage entre cautions professionnelles et non-professionnelles. L'utilisation de ces clefs (§ 1) permettra de découvrir les virtualités de l'extinction du cautionnement (§ 2).

Paragraphe 1

LES CLEFS DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

506. — Double clivage. Le cautionnement, expression simplifiée du contrat, est un champ d'expériences idéal pour l'analyse des influences profondes de caractéristiques techniques comme la durée d'exécution, ou sociologiques comme la compétence de la caution, qui passent inaperçues au premier abord. Les distinctions entre les cautionnements à exécution instantanée et successive (A) et entre les cautionnements contractés par un professionnel et ceux conclus par un profane (B) deviennent alors le clavier de la construction d'un statut de l'extinction du cautionnement. C'est dans ces concepts neufs, où les principes antérieurs perdent leur emprise, que les règles d'un renouvellement sont les plus actives.

A — Cautionnements à exécution successive ou instantanée : clivage technique

507. — Régimes d'extinction. L'importance de la durée d'exécution sur les modalités de l'extinction n'est plus à souligner, et son rôle au sein de l'extinction du cautionnement n'en prend que plus de relief. Au cautionnement

(1) J. CARBONNIER : t. 3 (*Les biens*), 6^e ed^o, 1969, n^o 17 (Etat des questions), p. 52.

à exécution instantanée, qui garantit une dette existante ou individualisée, s'oppose le cautionnement à exécution successive qui garantit les dettes à venir d'un débiteur. La principale originalité de ce cautionnement successif est de contenir deux obligations : une obligation de couverture (a) dont l'objet est de délimiter dans le temps la nature et le montant des dettes couvertes, et une ou plusieurs obligations de règlement, d'exécution instantanée, et identiques à celles qu'engendre le cautionnement de dettes individualisées (b).

a) L'extinction de l'obligation de couverture

508. — Résiliation unilatérale. Obligation de durée, l'obligation de couverture sera éteinte par les événements qui dissolvent le lien de droit pour l'avenir : résiliation, terme, mais également événements supplétifs du terme.

La résiliation unilatérale est une possibilité d'évasion des contrats qui a toujours paru favorable à l'obligé. Pour cette raison, des projets de réforme du cautionnement visent à l'étendre. Nous avons dit le but qui lui est assigné : instaurée pour sauvegarder la caution, elle n'est d'aucune utilité si elle est conférée à des cautions mal informées, incompetentes ou moralement liées au débiteur.

509. — Terme extinctif. Tout au contraire le terme extinctif, automatique et prédéterminé, apporte une sécurité supplémentaire aux deux parties : au créancier parce qu'il en connaîtra à l'avance les modalités, à la caution parce qu'elle sera libérée sans manifestation de volonté. Malheureusement la détermination du terme n'est pas exempte de difficultés. Il est rarement fixé de façon tout à la fois expresse et explicite, et même en ce cas la confusion souvent commise avec une prescription abrégée est source de controverses.

510. — Evénements supplétifs du terme. Plus souvent peut-être qu'elles ne déterminent expressément un terme extinctif, les parties prennent en une considération particulière certaines qualités de la personne de la caution ou même du créancier et du débiteur ; elles attachent alors à toute modification ou perte de ces qualités une force extinctrice.

Ainsi le décès de la caution devient-il une cause de dissolution de l'obligation de couverture, tout comme la perte par la caution de la position en fonction de laquelle son engagement avait été exigé par le créancier. Dans le même ordre d'idées, l'adjonction d'un nouveau créancier ou d'un nouveau débiteur rompent l'équilibre originaire de l'obligation de couverture et sont susceptibles d'entraîner son extinction pour l'avenir.

Une fois l'obligation de couverture ainsi éteinte, tous les cautionnements sont identiques : une ou plusieurs obligations de règlement subsistent.

b) L'extinction de l'obligation de règlement

511. — Satisfaction et faute du créancier. Le créancier satisfait comme le créancier fautif voient disparaître le rapport de droit qui leur donnait un moyen de coercition sur la caution. La satisfaction obtenue par le créancier met logiquement fin à l'engagement qui a atteint son but. Lorsque la dette a été exécutée ou lorsque l'obligation principale ou le cautionnement ont été modifiés en sorte de fournir au créancier une satisfaction équivalente à celle escomptée, le cautionnement expire à titre principal comme à titre accessoire.

La faute du créancier éteint le cautionnement soit par une compensation découlant d'une obligation de réparation mise à sa charge, soit plus fréquemment par sa déchéance. La déchéance est parfaitement adaptée au cautionnement car en faisant disparaître la sûreté accessoire elle sanctionne le fautif et évite à la caution de subir un préjudice. Responsabilité civile et déchéance apportent au sein du cautionnement une note moralisatrice.

512. — Stérilité du cautionnement. La stérilité du cautionnement présente au contraire l'aspect d'une cause d'extinction épuratrice. Le cautionnement prescrit ou caduc disparaît parce qu'il est devenu inutile et ne pourra plus fournir la satisfaction escomptée. Toutefois le domaine de ces deux facteurs d'extinction est étroit : la prescription, bien qu'elle puisse découler d'une inaction intentionnelle tout aussi bien que d'une négligence, est rarement invoquée ; quant à la caducité, son champ d'application est limité tant par la disparition rétroactive que par la survie exceptionnelle du cautionnement.

Cette première grande distinction entre deux sortes de cautionnements en fonction de leur mode d'exécution se complète d'une seconde division entre les cautionnements contractés par un professionnel et ceux fournis par un profane.

B — Cautions professionnelles et non-professionnelles : clivage sociologique

513. — Diversité des préoccupations et des compétences. L'examen des diverses situations révélées par le contentieux de l'extinction du cautionnement fait apparaître des préoccupations différentes chez les cautions. Les particuliers ou même les personnes morales qui ont exceptionnellement contracté un cautionnement se désintéressent ensuite de leur engagement : la caution qui s'est engagée par nécessité économique, afin d'aboutir à la réalisation d'une affaire fructueuse par l'intermédiaire du débiteur principal, pense avoir rempli la formalité que l'on attendait d'elle dès la signature du contrat. La caution qui s'est engagée par nécessité morale, afin de rendre le service qui lui était

demandé, croit avoir accompli son devoir par l'apposition de sa signature. L'exécution n'entre pas dans le champ de leurs préoccupations (1).

Au contraire la caution professionnelle, qui vise un gain à travers l'engagement de sa signature, pèse tous les risques et tire son profit tant de la répétition des actes que de l'organisation des modalités de son cautionnement : diminution des risques (tri des dossiers, lois des grands nombres et constitution de solides contre-garanties) et stipulation de rémunération ou pénalités qui rendent le prolongement du cautionnement ou même sa mise à exécution très fructueux (2).

La constatation de ces divergences de philosophie se concrétise par la différenciation des conditions d'application de certaines causes d'extinction en fonction de la qualité de la caution. Les modalités du clivage étant constatées (a), il importe de dégager son critère (b).

a) Modalités du clivage

514. — Disparité de l'extinction de l'obligation de couverture. L'obligation de couverture ne s'éteint pas exactement de la même façon pour la caution professionnelle et pour celle qui ne l'est pas. D'une part les cautions professionnelles ont l'habitude de contracter des engagements à durée déterminée, susceptibles de rupture par l'arrivée du terme, sauf tacite reconduction généralement stipulée. Pour elles donc, la résiliation n'offre a priori que peu d'intérêt. Mais si l'évolution de la demande de cautionnement devait les conduire à s'engager sans limitation de temps, il est certain que la résiliation unilatérale présenterait pour ces cautions compétentes, informées et vigilantes un mode d'extinction idoine. Au contraire nous avons vu combien elle est inadaptée pour protéger la caution non-professionnelle qui méconnaît sa possibilité comme son opportunité et ne peut souvent pas y recourir sans porter préjudice au débiteur avec lequel elle a parti lié. D'autre part les causes d'extinction de l'obligation de couverture tenant à la considération de la personne (décès et perte de position), parfaitement protectrices de la caution non-professionnelle, ne présentent aucun intérêt pour la caution professionnelle à laquelle elles sont en fait inapplicables.

(1) Tout au contraire d'ailleurs la Bible conseille à la caution, parmi les recommandations de la sagesse, de ne se préoccuper que de sa libération : Livre des proverbes, 6, 1 : « Mon fils ! si tu t'es porté garant de ton prochain... dégage-toi comme du filet la gazelle ou comme l'oiseau du piège » (Traduction Dom Hilaire DUEBERG et Paul AUVRAY, Les éd. du Cerf, Paris, 1951).

(2) Les contrats de cautionnement des prêts hypothécaires notariés stipulent ainsi qu'en cas d'exécution la caution a droit : à 5 % du capital, plus 4 % d'intérêts moratoires qui s'ajoutent aux intérêts du prêt principal, au bénéfice de toutes les clauses pénales du contrat principal, etc...

515. — Disparité de l'extinction de l'obligation de règlement. L'obligation de règlement présente dans son régime d'extinction des variantes qui sont fonction de la qualité de la caution. Nous avons penché pour une protection allégée des cautions professionnelles à l'encontre des conséquences d'une prorogation d'échéance fautive car elles disposent des moyens techniques de prévention. De même l'abus du créancier dans le refus d'information ne saurait être durement sanctionné quand il s'opère au détriment d'une caution professionnelle. De même enfin il paraît souhaitable d'ouvrir largement à la caution professionnelle la renonciation à l'article 2037 C. civ. que l'on doit fermer à la caution non professionnelle pour la protéger.

Malgré l'apparente netteté du clivage, les différences dans les régimes d'extinction sont suffisamment nombreuses pour rendre floue la division et poser un problème de détermination du critère de distinction.

b) Critère du clivage

516. — Rejet de la forme de la personnalité juridique. L'on ne peut retenir comme critère la distinction entre les cautions suivant qu'elles sont des personnes physiques ou des personnes morales. Si les cautions professionnelles sont en pratique toujours des personnes morales, il y a des cautions profanes qui le sont également, telles les sociétés se cautionnant les unes les autres au sein d'un groupe. De plus ce critère conduit à restreindre la valeur des cautionnements fournis par les personnes physiques qui sont alors refusés par les créanciers : la Suisse en fait la triste expérience (1).

517. — Rejet du caractère civil ou commercial. De même le clivage ne se situe pas entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial. S'il est possible d'utiliser les oppositions marquantes entre deux branches de l'engagement pour faire le recensement de leurs applications (2), le même recours est infructueux pour déterminer les régimes d'extinction. A cela deux raisons : d'abord le critère de commercialité du cautionnement, reposant sur l'intérêt patrimonial déterminant de la caution à la réalisation de l'obligation principale, est trop imprécis pour permettre une classification dogmatique ; ensuite, et

(1) Depuis la réforme de 1941, le cautionnement donné par une personne physique bénéficie de deux causes d'extinction supplémentaires : un terme de 20 ans et un droit de révocation dans certains cas prévus par la loi. De plus l'art. 500 C.O. donne à la caution une faculté de réduction annuelle de sa dette. Ces faveurs ont pour conséquence de faire reculer les banques qui n'admettent par préférence que des cautionnements émanant de personnes morales (P.A. GILLIERON : *Les garanties personnelles en matière bancaire*, thèse précitée, p. 180).

(2) Cf. F. TERRE : *Les sûretés personnelles en France*, Rec. soc. J. BODIN, t. 30 (3^e partie, Période contemporaine), pp. 91 à 119. — P. JESTAZ : *Encycl. Dalloz*, Rep. dr. com., 2^e ed°, V^o CAUTIONNEMENT (1972), n^o 14 à 46.

cette deuxième raison rejoint la première, l'opposition n'est pas tranchée entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial : tous deux s'intègrent en grande part dans un cautionnement des affaires et «doivent être régis par des règles uniques qui leur sont propres, s'inspirant de principes communs et tendant à une fin commune» (1).

518. — Rejet de la notion d'intérêt personnel de la caution. Pas davantage n'est recevable la séparation opposant la caution intéressée à celle qui ne l'est pas. Cette approche (2), qui est à la base de la distinction des cautionnements civils et commerciaux, mêle au sein des cautions commerciales des personnes ayant des buts divergents : sont ainsi associés le banquier qui poursuit un objectif de rentabilité de sa signature par une multiplication de ses engagements et le dirigeant qui cautionne sa société envers quelques créanciers, contraint ainsi de supprimer la limitation de responsabilité que lui conférerait la forme sociale choisie. Répercutée au plan des compétences et des qualités, cette disparité entraîne des différences de régimes (notamment au regard de l'extinction causée par la perte de position ou le décès) qui interdisent de grouper ensemble ces cautions.

519. — L'intégration de la caution à l'opération principale. Proche de ce critère, celui qui repose sur l'intégration de la caution à l'opération principale se heurte aux mêmes obstacles. L'on pourrait envisager de grouper les cautions proches de l'obligation principale soit parce qu'elles y participent à un autre titre (caution qui est dirigeant de la société débitrice, ou époux du débiteur), soit parce qu'elles peuvent obtenir à tout instant une information précise et complète sur son déroulement (cautions professionnelles), par opposition aux cautions étrangères à cette obligation principale et tenues dans l'ignorance de la situation du débiteur (parent, ami,...). Un tel clivage a par exemple été proposé au sujet des conséquences d'une prorogation d'échéance fautive du créancier (3). D'utilité certaine dans quelques hypothèses précises, il ne supporte pas la généralisation à tout le régime de l'extinction. Au sein des cautions intégrées, les différences de motivation et de compétence interdisent une assimilation complète pour les causes d'extinction inhérentes à la personne (et notamment pour l'extinction de l'obligation de couverture en raison de la considération de la personne des parties).

(1) J. HAMEL : *Droit civil et droit commercial en 1950*, Mél. RIPERT, t. 2, L.G.D.J. 1950, pp. 261 à 271, spécialement p. 269.

(2) M. REMOND-GOUILLOU, opposant «la caution amie» et «le cautionnement d'affaires», opte pour «la nécessité d'une protection accrue de la caution désintéressée, ...inutile en affaires» (*L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*, J.C.P. 1977, I, 2850, n° 31 à 33). Noter toutefois que cette distinction concerne l'ensemble du régime du cautionnement et non simplement son extinction.

(3) Cf. supra n° 245.

520. — Compétence professionnelle. Reste un dernier critère permettant de tracer une frontière entre deux catégories de cautionnement que leur usage comme leurs conditions d'extinction tendent à dissocier : la compétence liée à l'exercice d'une profession. Il n'est guère aisé de préciser le contenu de cette notion particulièrement évocatrice mais aux limites floues (1). Les éléments de base de toute définition de la profession sont assurément le caractère répétitif et habituel d'actes effectués en vue d'un profit (ou de la constitution d'un revenu) (2). La profession se caractérise par le travail qu'elle nécessite pour l'obtention du revenu et s'oppose ainsi à la simple perception des revenus d'un capital (3). Il faut aussi y ajouter la détention de certains moyens logistiques que l'âge des techniques rend aujourd'hui indispensables à l'exercice de la plupart des professions (4).

L'on s'approche alors du critère de l'entreprise proposée par ESCARRA : « la répétition d'actes professionnels reposant sur une organisation préétablie » (5), qui convient particulièrement à la situation des cautions professionnelles. L'aléa inhérent au contrat de cautionnement et la surface financière que réclame la confiance qu'il appelle imposent en effet à celui qui désire tirer profit de l'engagement de sa signature une infrastructure qui conduit nécessairement à la constitution d'une entreprise, le plus souvent, sinon toujours, à forme sociale. Les sociétés de cautionnement, les banques et les sociétés de caution mutuelle en sont le meilleur exemple.

Un statut spécial s'impose pour régir l'extinction des engagements de ces professionnels du cautionnement, notamment en ce qui concerne la durée et les causes d'extinction inhérentes à la personne. L'utilisation de formulaires

(1) Cf. A. TUNC qui remarque que l'« un des facteurs qui ont retardé la reconnaissance d'un droit civil professionnel réside... dans la difficulté de déterminer les personnes et les actes qu'il régirait » : *Ebauche du droit des contrats professionnels*, Mél. RIPERT (1950), t. 2, pp. 136 à 158, spécialement n° 2 in principio, p. 137.

(2) Comp. les définitions de la profession proposées par J. SAVATIER : « activité qu'une personne exerce d'une manière habituelle en vue d'en tirer un revenu lui permettant de vivre » (*Contribution à une étude juridique de la profession*, Mél. HAMEL (1961), pp. 3 à 17, spécialement n° 6, p. 6) et par G. RIPERT et R. ROBLOT : « Exercer une profession c'est consacrer d'une façon principale et habituelle son activité à l'accomplissement d'une certaine tâche dans le dessein d'en tirer un profit » (t. 1, 8^e éd° (1977), n° 136, pp. 89 et 90).

(3) Encore que la difficulté et la complexité croissantes de la gestion d'un capital permettent de voir une profession dans l'état de propriétaire d'un important patrimoine immobilier ou boursier. Comp. J. HAMEL et G. LAGARDE qui généralisent cette proposition à tous les propriétaires et rentiers, ne retenant comme critère de la profession que la perception d'un revenu : *Traité droit commercial*, t. 1 (1954), n° 336, pp. 404 in fine et 405.

(4) Sur l'influence de cette nécessité au sein des professions libérales, cf. R. SAVATIER : *Les métamorphoses...*, seconde série (1959), n° 202 à 212, pp. 226 à 233. (L'époque des techniques, de la capitalisation et de la socialisation). Adde plus généralement : éod. op., n° 27 à 44, pp. 49 à 73 (Le droit et le progrès des techniques).

(5) ESCARRA et RAULT : t. 1, n° 103 et suiv.

soigneusement rédigés, la création d'usages, le dynamisme des membres de cette profession, enfin et surtout la compétence qu'ils déploient, participent à la création d'une «lex mercatoria» du cautionnement qui distingue le professionnel de celui qui ne l'est pas.

521. — Distinction au sein des cautions non-professionnelles. Pour que la construction soit complète il faut combiner le clivage ainsi établi avec une subdivision au sein des cautions non-professionnelles entre la caution intégrée à l'opération principale et celle qui ne l'est pas. La caution intégrée (dirigeant cautionnant sa société, époux et parfois parent) bénéficie d'une connaissance personnelle de la situation du débiteur et de l'évolution des opérations cautionnées qui permet de lui appliquer à certaines occasions (prorogation d'échéance, information, et parfois même bénéfice de subrogation) un régime plus strict que celui de la caution totalement étrangère à l'opération principale.

Il n'y a là qu'une application au cautionnement des catégories que les tribunaux découpent entre le professionnel, l'homme avisé et le profane lorsqu'un problème technique est abordé (1).

Parce que les cautions professionnelles ont de leur service une conception différente de celle des profanes, parce qu'elles appellent un statut d'extinction qui leur soit personnel, l'expansion de leur rôle devrait libérer les virtualités que recèle l'extinction du cautionnement.

Paragraphe 2

LES VIRTUALITES DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

522. — Influence de l'extinction sur l'avenir du cautionnement. Tel quel, le cautionnement a su résister aux bouleversements qui ont marqué le siècle et demi qui le sépare aujourd'hui du Code civil. L'on a attribué avec justesse cette pérennité à «la neutralité technique» des règles napoléoniennes (2). Réglementé en considération du service d'ami, le cautionnement peut ainsi être à l'heure actuelle l'instrument des professionnels du crédit. Mais cette merveilleuse adaptation du droit à l'évolution des mœurs et aux nécessités des affaires a permis à une bouture nouvelle d'acquérir son autonomie et peut-être bientôt son indépendance. L'évolution prospective du cautionnement (A) pourrait être fonction de l'aménagement des textes régissant son extinction (B).

(1) T. IVAINER : *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, J.C.P. 1972, I, 2495, n° 20 à 33.

(2) G. CORNU : *La lettre du Code à l'épreuve du temps*, Mél. SAVATIER (1965), pp. 157 à 181, spécialement p. 167.

A — Evolution prospective du cautionnement

523. — Raisons de l'essor actuel du cautionnement. De même que l'essor actuel du cautionnement est garant de son développement ultérieur, de même les causes de cette « explosion » devraient s'amplifier et entraîner l'apparition de nouvelles garanties personnelles.

Si les raisons avancées pour expliquer le recours de plus en plus fréquent au cautionnement sont multiples (1), la principale tient assurément à l'apparition des cautions professionnelles qui ont su donner l'image de garants sûrs et efficaces, s'exécutant à la première demande.

La multiplication des sociétés de caution mutuelle a pu être considérée au premier tiers du siècle comme la cause principale de cette nouvelle faveur pour les sûretés personnelles (2). Le mouvement, qui ne s'essouffle pas dans le monde du commerce (3), gagne celui de professions libérales et atteint même des engagements non-professionnels (4).

La multiplication des cautionnements accordés par les banques en faveur de leurs clients (5) et l'augmentation sensible des engagements donnés par les sociétés de cautionnement envers l'Administration concourent également à la réalisation de ce phénomène.

(1) L'on peut citer la facilité de constitution, son faible coût, une meilleure efficacité que les sûretés réelles en cas de procédure collective de règlement du passif du débiteur, la généralisation du crédit aux particuliers dépourvus de patrimoine foncier, etc...

(2) H. SOLUS écrivait : « ceci est dû à la cohésion et à l'entraide mutuelle de certaines catégories de citoyens, de certaines classes professionnelles... Les agriculteurs notamment ont organisé des mutualités de crédit qui fonctionnent sur la donnée des sûretés personnelles ». *Les principes du droit civil*, Paris, A. Colin, 2^e ed° (1939), p. 146.

(3) Lorsqu'une profession désire gagner la confiance que sa clientèle lui refuse, elle a recours à la création d'une société de caution mutuelle qui garantit les clients contre les risques d'inexécution de ses membres. Ont procédé de la sorte les agents immobiliers, les agences de voyage, et dernièrement les seize principales entreprises françaises de travail temporaire, afin de garantir les utilisateurs contre le non-paiement par les E.T.T. des charges sociales à l'U.R.S.S.A.F. (création de la SOCAMETT le 10 juin 1976).

(4) Ainsi la Mutuelle Générale de l'Education Nationale offre-t-elle gratuitement sa caution à ses adhérents pour les prêts bancaires et notamment les prêts à la construction de logements. La croissance excessive des demandes a d'ailleurs contraint cet organisme à solliciter plus de modération de la part de ses adhérents.

(5) Cf. J. FERRONNIERE et E. de CHILLAZ : *Les opérations de banque*, 5^e ed° (1976), n° 435 et 436, pp. 340 à 342. — Ajoute l'exposé par Me C. THIBIERGE d'une certaine pratique bancaire qui, en matière de promotion immobilière, offre aux promoteurs sa garantie de bonne fin à des conditions fort avantageuses car « la banque qui aura accepté de fournir l'engagement de caution demandé par le promoteur s'assurera, en fait, le monopole du financement de l'opération immobilière » : *Problèmes actuels de la promotion immobilière depuis les lois du 16 juillet 1971*, Séminaire, Paris 1972, Libr. Techniques 1973, spécialement p. 137.

524. — Evolution possible du cautionnement professionnel. En cherchant à mieux répondre aux exigences des créanciers, le cautionnement devrait se diversifier. Le cautionnement professionnel, se détachant du cautionnement non-professionnel, devrait glisser vers la «garantie», sûreté personnelle abstraite, proche d'un engagement de premier plan. Les emprunts de régime au cautionnement seront nécessaires et le tri des règles utilisées de celles qui seront rejetées est à faire. En perdant son caractère accessoire pour gagner en autonomie, le cautionnement se muerait en une assurance atypique que fourniraient les professionnels.

525. — Rapprochement de l'assurance et du cautionnement professionnel. Un rapprochement de l'assurance et du cautionnement, déjà amorcé par l'assurance-crédit, pourra se réaliser sur la zone de recoupement des domaines de chaque technique.

Le garant professionnel, parce qu'il offre dans les deux cas la même surface financière, parce qu'il est animé du même esprit mercantile, parce qu'il détient la même compétence technique, aborde l'engagement et surtout son extinction avec une optique identique dans l'assurance et le cautionnement. Il devient l'exécutant d'une redistribution générale des insuffisances particulières dont il divise la charge entre tous les agents économiques participant au risque. Toute activité à haut risque du sinistre, et le crédit est du nombre, appelle l'intervention d'un garant professionnel qui atténue non pas le risque mais ses conséquences par une répartition indolore de leur poids.

526. — Conséquences. Corrélativement, les causes d'extinction de l'engagement se réduiront afin de rendre la garantie plus efficace. Le cautionnement ainsi transformé deviendra peut-être un moyen d'indemnisation plus systématique qu'il ne l'est à l'heure actuelle.

Parallèlement le cautionnement non-professionnel se séparera davantage, reconquerra son autonomie et conservera une extinction conforme aux aspirations d'un garant qui n'effectue aucun calcul de probabilités. Le créancier qui désire obtenir un moyen de pression sur le débiteur exigera telle caution nommément désignée (dirigeant de la société, époux ou parent) ; le créancier indifférent à ces considérations et qui ne veut pas ou ne peut pas alourdir le coût du crédit consenti (pour des raisons sociales par exemple, comme dans les prêts d'épargne-logement) se contentera du cautionnement d'un ami.

Ainsi les deux aspects actuellement confondus du cautionnement, le moyen de pression et le moyen d'exécution, pourraient devenir prépondérants chacun dans l'une des catégories de cautionnement.

L'organisation de l'extinction du cautionnement ainsi diversifiée en fonction de la qualité de la caution serait facilitée par un remodelage des règles légales la concernant.

B — De lege ferenda

527. — Situations maintenues. Certains points du statut nominatif de l'extinction du cautionnement n'appellent aucun aménagement, même dans l'optique d'une évolution de la sûreté vers des régimes d'extinction particuliers. Ceci tient essentiellement à la valeur des règles actuelles.

Ainsi est-il proposé de conserver le même domaine d'application du statut général de l'extinction du cautionnement qui s'étend à toutes les cautions (simple, solidaire, réelle, cambiaire, sous-caution et certificateur) sans qu'il soit besoin de légiférer.

De même le terme ne nécessite-t-il aucune réglementation normative malgré le rôle important qu'il est appelé à jouer : le terme suspensif est fort bien encadré par l'article 2039 C. civ. et le terme extinctif jouit d'un régime satisfaisant par application des règles de droit commun.

528. — Propositions. D'autres causes d'extinction méritent au contraire que l'on s'attache à parfaire leur soutien législatif afin de rendre le cautionnement plus fiable grâce à une meilleure connaissance de son extinction.

En respectant la vocation assignée au juriste de «découvrir dans le Droit qu'il étudie les parts respectives de l'immuable et du changeant» (1), et en tenant compte des projets ou réalisations récents (2), nous proposerons les principaux aménagements suivants.

a) Abrogation de certains articles du Code civil

529. — Exceptions : Incapacité du débiteur principal : art. 2012, al. 2 C. civ.

Mal rédigé, ce texte crée une exception peu justifiée à la règle de l'accessoire en laissant survivre le cautionnement d'une obligation nulle pour incapacité du débiteur lorsque la caution s'est engagée en connaissance de cause. Nous avons vu que l'engagement prend en réalité la nature d'une promesse de porte-fort.

530. — Exceptions personnelles au débiteur principal : art. 2036, al. 2 C. civ.

En harmonisation avec l'abrogation du texte précédent pour l'incapacité. Au surplus, il nous paraît préférable de permettre à la caution d'invoquer le vice du consentement dont le débiteur aurait été victime afin d'éviter qu'un

(1) J. LEAUTE : *Rapport général sur les infractions économiques*, Travaux Assoc. H. CAPITANT, t. 13 (1959-1960), p. 619.

(2) Par ordre chronologique : Code civil de l'empire éthiopien (1960) ; Propositions du Max Planck Institut de Hambourg (1969) ; Projet de révision du Code civil québécois : Rapport sur le cautionnement (1975).

créancier ayant extorqué un engagement par surprise, dol ou violence puisse en obtenir l'exécution par le biais du cautionnement.

b) Modification de divers textes

531. — Décès : art. 2017 C. civ.

Nouveau texte : «Les cautionnements garantissant l'exécution de dettes principales seulement déterminables sont dissous par le décès de la caution. Seules les dettes de règlement existant au jour du décès sont transmises aux héritiers».

532. — Exceptions (en général) : art. 2036, al. 1 C. civ.

A la place de la dernière proposition («et qui sont inhérentes à la dette»), ajouter : «..., malgré toute renonciation émanant du débiteur ou toute réserve émanant du créancier, sans effet à son égard».

533. — Bénéfice de subrogation : art. 2037 C. civ.

Nouveau texte : «Le créancier est déchu de ses droits à l'encontre de la caution lorsque, par sa faute, il a perdu des droits préférentiels dans lesquels la caution pouvait légitimement espérer la subrogation. La déchéance est à la mesure du préjudice risqué.

En dépit de toute stipulation contraire, les renonciations au bénéfice de subrogation émanant d'une caution non-professionnelle et obtenues avant le moment où la subrogation aurait dû s'effectuer sont nulles».

534. — Paiement ; imputation : art. 1256 C. civ.

Ajouter : «L'imputation d'un paiement effectué par le débiteur envers un créancier disposant à son encontre de plusieurs créances éteint par priorité la dette cautionnée.

L'imputation d'un paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée a d'abord lieu sur la fraction non cautionnée de la dette».

535. — Remise de dette : art. 1285 C. civ.

Ajouter à la fin de l'alinéa 1er : «Ces réserves sont sans effet à l'encontre de la caution».

536. — Compensation : art. 1294 C. civ.

Rédiger ainsi : «La caution peut *déclencher* et opposer la compensation...»
art. 1299 C. civ.

Ajouter : «La renonciation par le créancier à la compensation acquise de l'obligation principale est sans effet sur l'extinction du cautionnement».

537. — Prescription : art. 2275, al. 2 C. civ.

Ajouter : «La caution et le donneur d'aval ne doivent que le serment de crédulité sur les actes du débiteur».

art. 179 C. com.

Ajouter : «La durée de la prescription applicable au donneur d'aval est celle qui est applicable au signataire garanti».

538. — Règlement judiciaire et liquidation des biens du débiteur principal : art. 2032-2^o C. civ., et art. 40 Loi 13 juillet 1967.

Ajouter : «La caution est admise à produire par provision avant même d'avoir payé, sous réserve de parfaire sa production dès après le règlement».

c) Addition de dispositions dans des matières non réglementées.**539. — 1) - Obligation de couverture.**

«L'obligation de couverture née des cautionnements à exécution successive s'éteint :

- par tout évènement affectant gravement l'activité ou la forme juridique du débiteur ;
- par toute cession de l'obligation principale ou du cautionnement, et toute adjonction d'un débiteur ou d'un créancier nouveaux ;
- par le décès de la caution ou la perte par elle de la position en fonction de laquelle son engagement a été contracté».

540. — 2) - Déchéance et sanctions conventionnelles.

«La déchéance conventionnelle du créancier n'a d'effet que dans la limite du préjudice risqué par la caution.

Le juge peut modérer les sanctions convenues, si elles sont manifestement excessives» (1).

541. — 3) - Information des parties.

En marge de l'extinction du cautionnement il nous apparaît souhaitable de faciliter l'information des parties. Le créancier est en général en mesure d'exiger contractuellement de la caution les renseignements qu'il désire. Toutefois l'apparition des cautionnements souscrits par des banques envers des créanciers particuliers modifie la tendance traditionnelle. Quant à la caution, s'il est

(1) Cette ouverture d'un pouvoir de contrôle judiciaire, comparable à celle que la loi du 9 juillet 1975 a réalisée pour la clause pénale, encourt les mêmes critiques d'alourdissement du règlement des contentieux et d'amoindrissement de l'effet comminatoire des clauses de différends. Cf. M. VASSEUR : Note au Dalloz 1977, pp. 264 à 268 sous Paris 5 janvier 1977, spécialement n^o 12, p. 268.

inutile de prévoir une information systématique, il faut lui permettre d'obtenir sur demande tout renseignement qu'elle désire.

«Les parties au contrat de cautionnement disposent l'une envers l'autre du droit d'obtenir sur simple demande tout renseignement d'ordre patrimonial qu'elles désirent, sous réserve d'un usage abusif de ce droit».

d) Améliorations souhaitables

A ces propositions s'ajoutent des souhaits plus informels.

542. — 1) - *Rapprochement avec la pratique des sûretés réelles.*

Le cautionnement n'offre au créancier aucune protection comparable au droit de préférence, au droit de suite ou à la subrogation réelle qui évitent un amoindrissement des sûretés réelles (1). Il est pourtant possible d'étudier des mesures qui, sans créer des droits aussi forts, fourniraient une protection approchante. Les stipulations contractuelles insérées dans certains contrats et que l'on nomme globalement sûretés négatives ou «covenants» donnent un exemple de la voie à suivre.

Ainsi pourraient se généraliser des obligations pour la caution de ne plus cautionner, de ne pas céder certains biens, de remployer l'indemnité d'assurance à l'achat d'un bien de nature et de valeur identiques ou équivalentes, etc...

543. — 2) - *Publicité.*

Dans le même ordre d'idée, et tout comme la sécurité du crédit réel n'a été assurée qu'avec la généralisation des mesures de publicité, il serait souhaitable que les engagements contractés par une caution fassent l'objet d'une divulgation. Si les techniques traditionnelles de publicité sont inadéquates, il n'est pas interdit d'espérer qu'une amélioration de ce secteur négligé de la comptabilité commerciale remplisse cette fonction.

(1) V. A. WEILL : *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz (Précis), 1979, n° 5, p. 8.

Tenir compte des nombreux impératifs qui s'entrechoquent au sein de l'extinction du cautionnement est souvent difficile : la désaliénation juridique ne va pas sans résistances profondes (1). Privé du postulat volontariste qui sous-tend la formation des obligations, le statut de leur extinction est beaucoup plus morcelé et laisse une grande part à la technique, particulièrement au sein du droit des sûretés : l'on peut toutefois lui étendre la formule de Jacques COPEAU observant que «la technique n'exclut pas la sensibilité, elle la libère».

(1) Comme il y a une libération dans l'achat et une joie de payer ses dettes, il peut y avoir une satisfaction dans l'engagement juridique et une crainte de la délivrance.

BIBLIOGRAPHIE

- I — Traités, manuels et précis.
- II — Formulaire.
- III — Monographies et études spéciales.
- IV — Thèses.
- V — Articles, chroniques, études et rapports, préfaces et comptes rendus.
- VI — Notes, conclusions, rapports et observations sur des décisions de jurisprudence.

L'abondance des références nous a imposé de ne citer en bibliographie que les ouvrages les plus importants pour la compréhension du sujet. Les autres sont accompagnés, lors de leur citation en note, d'une référence complète.

Les ouvrages consacrant tout ou partie de leurs développements à un problème d'extinction du cautionnement sont signalés par un astérisque.

Que l'I.R.E.T.I.J. (Institut de Recherche et d'Etudes pour le Traitement de l'Informatique Juridique) de MONTPELLIER trouve ici l'expression de notre vive gratitude pour l'aimable et précieuse collaboration qu'il nous a fournie dans la recherche bibliographique, surtout jurisprudentielle.

I – TRAITES, MANUELS ET PRECIS

A. — Traités, manuels et précis cités en abrégé par le seul nom de leur auteur.

AUBRY (C.) et RAU (C.) : *Cours de droit civil français* :

— 4^e éd. : t. 4- Paris. Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1871.

* — 5^e éd. : t. 6- par Etienne BARTIN. Paris, Imprimerie générale de jurisprudence, 1920.

— 6^e éd. : t. 4- par Etienne BARTIN. 1942. Librairies Techniques.

* — 6^e éd. : t. 6- par Paul ESMEIN. 1951. Librairies Techniques.

* — 7^e éd. : t. 6- par André PONSARD et Noël DEJEAN de la BATIE. Paris, Librairies Techniques, 1975.

* **BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.)** : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, 13 et 14. Des obligations (t. 1, 2 et 3), 3^e éd. Paris. Sirey, 1906-1907-1908.

* **BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WHAL (Albert)** : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24. Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, 3^e éd. Paris. Sirey, 1907.

BEUDANT (Charles) : *Cours de droit civil français* (2^e éd. par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE). Paris, Rousseau :

* — t. 13 - *Les sûretés personnelles et réelles*, par Pierre VOIRIN, 1948 (cité C. BEUDANT par P. VOIRIN).

— t. 7 - par P. VOIRIN, 1936.

— t. 8 et 9 - par Gaston LAGARDE, 1952.

— t. 11 - par Jean BRETHER de la GRESSAYE, 1938.

— t. 12 - par René RODIERE et André PERCEROU, 1947.

CARBONNIER (Jean) : *Droit civil*. Paris. P.U.F. Coll. Thémis : t. 1, 9^e éd., 1971 ; t. 4, 8^e éd., 1975.

HAMEL (Joseph) et LAGARDE (Gaston) : *Traité de droit commercial*, t. 1, Paris, Dalloz, 1954.

- * **HAMEL (Joseph) LAGARDE (Gaston) et JAUFFRET (Alfred) :** eod. op., t. 2, 1966.

MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre) : *Droit civil :*

- t. 1 - *Introduction générale à l'étude du droit*. 2e éd. Paris. Sirey, 1972.
- t. 2 - 1er vol. *Les obligations*. Paris. Sirey, 1962.
- * — t. 3 - 1er vol. *Les sûretés. La publicité foncière*. Paris. Sirey, 1971.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et de JUGLART (Michel) : *Leçons de droit civil*. Paris. Montchrestien :

- t. 1 - 1er vol. *Introduction à l'étude du droit*, 5e éd., 1972.
- t. 2 - 1er vol. *Obligations*, 5e éd., 1973.
- t. 3 - 2ème vol. *Principaux contrats*, 4e éd., 1974.
- * **MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François) :** eod. op., t. 3, 1er vol., *Sûretés, Publicité foncière*, 5e éd., 1977.

PLANIOI (Marcel) et RIPERT (Georges) : *Traité pratique de droit civil français :*

- t. 6 - *Obligations*. 1ère partie par ESMEIN (Paul). 1ère éd. Paris L.G.D.J. 1930, 2e éd. Paris, L.G.D.J., 1952.
- t. 7 - *Obligations*. 2ème partie par ESMEIN (Paul), RADOUANT (Jean) et GABOLDE (Gabriel), 1ère éd. Paris L.G.D.J. 1931, 2e éd. Paris L.G.D.J. 1954. (Cité M. PLANIOI, G. RIPERT et le nom du rédacteur de la partie concernée).
- * — t. 11 - *Contrats civils*. 2ème partie. Par ROUAST (André), SAVATIER (René) et LEPARGNEUR (Jean). 1ère éd. Paris L.G.D.J., 1932. 2e éd. Paris, L.G.D.J., 1954. (Cité pour le cautionnement : M. PLANIOI, G. RIPERT et R. SAVATIER).

RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean) : *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOI*. Paris, L.G.D.J., 4 tomes :

- * — t. 2 - 1957, *Obligations - droits réels*.
- t. 3 - 1958, *Principaux contrats*.
- * **RIPERT (Georges) et ROBLOT (René) :** *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd., t. 1, 1972 ; t. 2, 1973. Paris, L.G.D.J.

WEILL (Alex) : *Droit civil*. Dalloz (Précis de droit civil) :

- *Introduction générale*. 2e éd., 1970.
- *Les obligations*, 1971.
- *Les sûretés ; La Publicité foncière*, 1979.

WEILL (Alex) et TERRE (François) : eod. op. *Les obligations*, 1976.

B — Traités, manuels, précis et cours.

ARGENSON (Jacques) et TOUJAS (Georges) : *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*. 4e éd. 2 tomes. Paris. Librairies Techniques, 1973.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et GUYOT (Paul) : *Précis de droit civil*, t. 2, 1925. 13e éd. Paris. Sirey.

BEGUIN (Jacques) : *Les procédures spéciales aux affaires*. Paris. Librairies Techniques. Coll. droit et gestion, 1973.

* **BOILEUX (J.M.)** : *Commentaire sur le Code Civil*. 4e éd. Paris. Joubert, 1838, t. 3.

BONNECASE (Julien) : *Supplément au traité de droit civil de G. BAUDRY-LACANTINERIE et ses collaborateurs* : — t. 1 - Paris. Sirey, 1924.
— t. 2 - Paris. Sirey, 1925.
— *Introduction à l'étude du droit...* 2e éd. Paris. Sirey, 1931.

BRIERE de l'ISLE (Georges) : *Droit des assurances*. Paris. P.U.F. Thémis, 1ère éd., 1973.

BUFNOIR (Charles) : *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*. Leçons recueillies et publiées par MM. BARTIN, DESCHAMPS, DESLANDRES, PILLET, SALEILLES, TIMBAL. Introduction L. GUILLOUARD. Paris. Rousseau, 1900. Cours professés en 1883-1884.

* **CARBONNIER (Jean)** : *Sociologie juridique*. Paris, A. Colin. Coll. U, 1972.
— *Cours de Sociologie Juridique*. D.E.S. 1972-1973. Polycopié, édité par l'Association Corporative des étudiants en droit et en sciences économiques de Paris.

- * **CHAMPAUD (Claude) et SARRUT (Jean)** : *Dictionnaire permanent de Droit des affaires* :
 - 1ère Partie, t. 1, **V^{is}** : Caution-cautionnement. Cautions et avals de banque. Crédit.
 - 2ème Parite, Bull. n° 13-73, **V^o** : Administration. Direction de la société anonyme.
 - Editions Législatives et Administratives. Paris, 1965 (et mises à jour).

- * **COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri)** : *Cours élémentaire de droit civil français*. 10e éd. par Léon JULLIOT de la MORANDIERE, t. 2. Paris. Dalloz, 1948.

- CORNU (Gérard)** : *Les régimes matrimoniaux*. Paris. P.U.F. Coll. Thémis, 1974.
 - *Cours de droit civil*. Licence, 1ère année, 1971-72. Paris. Les Cours de Droit.

- CUQ (Edouard)** : *Les institutions juridiques des Romains*. Paris. Plon, t. 1, 1899 ; t. 2, 1902.

- * **DALLOZ (Désiré et Armand)** : *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*. Paris. Jurisprudence générale. Nouvelle édition, **V^o** : Cautionnement, t. 7, 1847 ; **V^o** : Obligations, t. 33, 1860. (Cité : DALLOZ, Jur. gén.).

- * **DEMANTE (A.M.) et COLMET de SANTERRE (E.)** : *Cours analytique de Code civil*, t. 8. Paris. Plon, 1884. (t. 7, 1873).

- DEMOGUE (René)** : *Traité des obligations en général*. 7 vol. Paris. Rousseau, 1923 à 1933 :
 - t. 2 - *Source des obligations*, 1924.
 - t. 3 - *Source des obligations*.
 - t. 6 - *Effets des obligations*, 1931.

- * **DEMOLOMBE (C.)** : *Cours de Code Napoléon*. 31 vol. 4e éd. Paris. Pédone-Lauriol, 1869-1882, spécialement t. 24 à 31 : *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. 1 à 8, 1878 à 1882.

- DOMAT (Jean)** : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, 2e éd. Paris. J.B. Coignard, 1695. Nouvelle édition Nyon, 1777 par plusieurs auteurs.

- DURAND (Paul) et VITU (André)** : *Traité de droit du travail*, t. 2. Paris. Dalloz, 1950.

- * **DURANTON (M.)** : *Cours de droit français suivant le Code Civil*. 4e éd. Paris. Thorel et Guilbert, 1884, t. 18.
- EHRENBERG (V)** : *Versicherungsvertragsvecht*. Leipzig, 1893. 536 p.
- ENGEL (Pierre)** : *Traité des obligations en droit Suisse*. Neuchâtel. Editions Ides et Calendes, 1973 (1 vol.).
- ESCARRA (Jean)** : *Manuel de droit commercial*, t. 2, 1948.
— *Cours de droit commerical*. Paris. Sirey, 1952 (nouvelle éd.).
- ESCARRA (Jean et Edouard) et RAULT (Jean)** : *Principes de droit commercial*. Paris. Sirey, t. 1, 1934.
- FARJAT (Gérard)** : *Droit économique*. Paris. P.U.F. Thémis, 1971.
— *Droit privé de l'économie*, t. 2, *Théorie des obligations*. Paris. P.U.F. Thémis, 1975.
- * **FENET (P.A.)** : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Paris. Videcoq, 1836. Spécialement t. 15.
- FERRONNIERE (Jacques) et de CHILLAZ (Emmanuel)** : *Les opérations de banque*. Paris. Dalloz. Coll. Etudes politiques, sociales et économiques, 5e éd. mise à jour par Jean-Pierre PATY. Paris, 1976.
- * **FLOUR (Jacques)** : *Cours de droit civil*. Licence, 3e année. 1965-1966. Paris. Les Cours de Droit, pp. 102 à 148.
— *Cours de droit civil*. Licence, 2e année, 1964-1965. Paris. Les Cours de Droit.
- FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean-Luc)** : *Droit civil. Les obligations*. Vol. 1, *L'acte juridique*. Paris. A. Colin, 1975.
- GAUDEMET (Eugène)** : *Théorie générale des obligations*. Publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET. Paris. Sirey, 1965. Réimpression de l'édition publiée en 1937.
- GAVALDA (Christian) et STOUFFLET (Jean)** : *Droit de la banque*. Paris. P.U.F. Coll. Thémis, 1974.
- GENY (François)** : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. (Essai critique)*, 2e éd., 2 t. nouveau tirage. Paris, L.G.D.J., 1954.
- GIFFARD (A.E.)** : *Précis de droit romain*, t. 2, 2e éd. Paris. Dalloz, 1938.

- GIRARD (Paul Frédéric)** : *Manuel élémentaire de droit romain*, 4e éd. Paris. Rousseau, 1906.
- GORE (François)** : *Cours de droit commercial*, 4e année de licence. 1971-1972. Les Cours de Droit. Paris.
- * **GUILLOUARD (L.)** : *Traité du cautionnement et des transactions*. Paris. Pédone, 2e éd. 1895.
— *Traité de la vente et de l'échange*. Paris. Pédone, 3e éd. 1er vol. 1902.
- HEBRAUD (Pierre)** : *Cours de droit civil*. Licence, 2e année, 1950-1951.
- HOUIN (Roger)** : *Cours de droit commercial*, 4e année de licence, 1970-1971. Paris. Les Cours de Droit.
- JACOB (Nicolas)** : *Les assurances*. Paris. Dalloz, 1974.
- * **JOSSERAND (Louis)** : *Cours de droit civil positif français*, t. 2. Paris. Sirey. 2e éd., 1933 ; 3e éd., 1939.
- JUGLART (Michel de) et IPPOLITO (Benjamin)** : *Droit commercial*. Licence en droit. Paris. Montchrestien, t. 1, 2e éd., 1975.
- * — t. 4, 1974.
- KISCH (W.)** : *Handbuch des Privatuersicherungsrechts*. 2 t. München, Berlin et Leipzig, 1920 et 1922.
- LACOUR (Léon) et BOUTERON (Jacques)** : *Précis de droit commercial*, 2e éd., 4 tomes. Paris. Dalloz, 1921.
- LAGARDE (Gaston)** : *Cours de droit commercial*. 4e année de licence. Paris, 1968-1969. Les Cours de Droit. Paris.
- LAMBERT (Guy)** : *Cours de droit civil. Droit du patrimoine. Principes généraux* (Licence en droit, 2e année). Sainte-Ruffine. Ed. Maison-neuve, 1971.
- LAMBERT-FAIVRE (Yvonne)** : *Droit des assurances*, 2e éd. Paris. Dalloz (Précis), 1977.
- LAROMBIERE (L.)** : *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1850 ; t. 2, 1851 ; t. 4, 1857.
- * **LAURENT (F.)** : *Principes de droit civil français*. En 33 volumes. 4e éd. Bruxelles. Bruylant. Paris. Marescq, 1887, t. 17 et 18 ; t. 28.

- * **LE BALLE (Robert)** : *Cours de droit civil*. 3e année de licence, 1964-1965. Paris. Les Cours de Droit.
- * **LESCOT (Pierre) et ROBLOT (René)** : *Les effets de commerce*. 2 tomes. 1953. Paris. Rousseau.
- * **LOCRE** : *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*. Paris. Treuttel et Würtz, 1828. Spécialement t. 15.
- LYON-CAEN (Charles) et RENAULT (Louis)** : *Traité de droit commercial*. Paris, L.G.D.J. : t. 3 (4e éd., 1906) ; t. 5 (4e éd., 1911) et t. 7, avec le concours d'André AMIAUD (5e éd., 1935).
- MACQUERON (Jean)** : *Histoire des obligations. Le Droit romain*. Publication du C.H.I.E.A.C. Aix-en-Provence. 2e éd., 1975.
- MAZEAUD (Henri et Léon) et TUNC (André)** : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris. Montchrestien, t. 1. 6e éd., 1965.
- MERCADAL (Barthélémy)** : *Introduction à la pratique des affaires*. Paris. Ed. juridiques F. LEFEBVRE, 1975.
- OURLIAC (Paul) et MALAFOSSE (Jehan de)** : *Histoire du droit privé*. Paris. P.U.F. Thémis, t. 1, 2e éd., 1969.
- PERCEROU (Jean) et DESSERTAUX (Marc)** : *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*. Ancienne collection Edmond THALLER, 2e éd. 1935-1937. Paris. Rousseau (3 tomes).
- PICARD (Maurice) et BESSON (André)** : *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1 : *Le contrat d'assurance*. 4e éd. par A. BESSON. Paris, L.G.D.J., 1975.
- * **PONSOT (D.A.)** : *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*. Paris. Guilbert, 1884. 1 vol.
- * **PONT (Paul)** continuateur de V. MARCADE : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 9 : *Les petits contrats* (tome 2). Paris. Delmotte, 1867.
- POTHIER (Robert-Joseph)** : *Œuvres*. Nouvelle édition. Paris. Beaucé, 1818 :
 * — t. 3 : *Traité des obligations*.
- * **RAYNAUD (Pierre)** : *Cours de droit civil*. Licence 3e année 1962-1963 (pp. 639 à 657) et 1968-1969 (pp. 425 à 444). Les Cours de Droit. Paris.

- * **ROBLOT (René)** : *Les effets de commerce*. Paris. Sirey, 1975.
- RODIERE (René)** : *Droit commercial*. Paris, Dalloz (Précis) ; t. 2 (6e éd., 1972) ; groupements commerciaux (7e éd., 1971).
- RODIERE (René) et RIVES-LANGE (Jean-Louis)** : *Droit bancaire*. Paris. Dalloz. Précis. 2e éd., 1975.
- ROUBIER (Paul)** : *Théorie générale du droit*. Paris. Sirey. 2e éd., 1951.
- SAVATIER (René)** : *Cours de droit civil*. Paris, L.G.D.J., t. 2. 2e éd., 1949.
 - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. Paris. Dalloz. - 1ère série : *Panorama des mutations*. 3e éd., 1964.
 - 2ème série : *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*. 1959.
 - 3ème série : *Approfondissement d'un droit renouvelé*. 1959.
 - *Le droit comptable au service de l'homme*. Paris. Dalloz, 1969.
- SOLUS (Henri) et PERROT (Roger)** : *Droit judiciaire privé*. Paris. Sirey, t. 1, 1962.
- STARCK (Boris)** : *Droit civil. Obligations*. Paris. Librairies Techniques, 1972, et supplément à jour au 1er novembre 1975.
- TANCELIN (Maurice A.)** : *Jurisprudence des obligations*. Laval. Québec. Canada. Presses de l'Université de Laval, 1973.
- THALLER (Edmond) et PERCEROU (Jean)** : *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2. 8e éd., 1931. Paris. Rousseau.
- * **TOUFFAIT (Adolphe) et AYDALOT (Maurice)** : *Rapport de la Cour de Cassation présenté à M. le Garde des Sceaux. Année judiciaire : 1973-1974*. Paris. La Documentation française, 1975.
- TOULLIER (C.B.M.)** : *Le droit civil français selon l'ordre du Code*. 2e éd. Paris, Renouard, 1835-1843.
- * **TROPLONG (M)** : *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. 17 : *Du cautionnement et des transactions*. Paris. Hingray, 1846.
- VASSEUR (Michel) et MARIN (Xavier)** : *Banques et opérations de banques*, de Joseph HAMEL, t. 1 : *Les comptes en banque*. Paris. Sirey, 1966.
- VILLARGUES (Rolland de)** : *Répertoire de la jurisprudence du notariat (1840-1845 - 10 vol.)*.
- VINCENT (Jean)** : *Procédure civile*. Précis Dalloz, 18e éd. Paris. Dalloz, 1978.
- WAHL (Albert)** : *Précis théorique et pratique de droit commercial*. Paris. Sirey, 1922.

II – FORMULAIRES

ASSOCIATION FRANÇAISE DE NORMALISATION (AFNOR).

Formules de cautionnement destinées aux administrations publiques :

- Marchés publics : NF K 11-571 - juin 1972 (5 formules).
- Cautions fiscales . NF K 11-577 - juin 1972 (6 formules).

Formules de cautionnement pour la garantie d'impositions contestées autres que les impôts directs : NF K 11-581 - juillet 1966.

BANQUES.

Grâce à l'amabilité de certaines banques, nous avons pu disposer de leurs formulaires de cautionnement. Une réserve compréhensible à l'égard d'œuvres pouvant, en certaines circonstances, bénéficier de la protection légale qui s'attache à la propriété littéraire et artistique (cf. Paris, 7 mai 1928, Gaz. Pal. T. Q. 1925-1930. V^o Propriété littéraire et artistique, n^o 97 et 98 ; cité par J.L. SOURIOUX, Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif. Thèse 1965, note 26, p. 10 sous le n^o 11) nous empêche de les publier.

Il s'agit des formules de :

- Banque Nationale de Paris.
- Banque Populaire du Midi.
- Banque Worms.
- Compagnie Bancaire (U.C.B. ; C.F.E.C.).
- Compagnie Européenne de Banque (et Compagnie Européenne de Bail).
- Crédit Agricole Mutuel.
- Crédit Commercial de France.
- Crédit Lyonnais.
- Société Générale.

Que les personnes qui ont bien voulu nous les communiquer trouvent ici l'expression de nos vifs remerciements.

CLERC (Edouard), DALLOZ et VERGE : *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat* (cité : *formulaire du notariat*). 9e éd. par Alphonse BESNARD, t. 1. Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1913 (6 formules).

COINTE (Ch. René) et CHARDEVEL (Fernand X.) : *Nouveau formulaire d'actes usuels et sous-seings privés*. Paris. Bibl. des ouvrages pratiques, 1932. Nouvelle éd. V^o Cautionnement, pp. 252 à 259 (4 formules).

CREDIT FONCIER DE FRANCE (Service des prêts). Instructions au notaire pour la régularisation du contrat de prêt (P.S.I. «N» 12/75), pp. 2 et 3.

DEFRENOIS : *Traité pratique et formulaire général du notariat*. 5e éd. 4e vol. Paris. Administration du répertoire général pratique du notariat, 1884 (8 formules).

DIRECTION GENERALE DES IMPOTS.

- Formulaire n° 3750 du 10 décembre 1973.
- Règlement n° 3751 du 10 décembre 1973. Réimprimé février 1975. B.O.D.G.I. - Annexes 1 et 2 de l'instruction 12-A-17-13 du 10 décembre 1973.

ETOILE COMMERCIALE.

Cet établissement financier, société de cautionnement, a bien voulu nous ouvrir ses dossiers et ses formules riches de la longue pratique et du grand savoir de ses responsables.

GAVALDA (Christian) et BOULOC (Bernard) : *Le financement des entreprises. Cas pratiques de droit des affaires*. Paris. Dalloz, 1973. Cas n° 6, pp. 34 à 41 : acte de cautionnement ; 1 formule.

JAVON (A.) : *Petit formulaire des notaires*. 11e éd. par Bernard LECOURT. Paris. Librairies Techniques, 1974. n° 72 (cautionnement simple), p. 297 ; n° 73 (certificat de caution), p. 298.

JUGLART (Michel de) et IPPOLITO (Benjamin) : *Droit commercial* (licence). Paris. Montchrestien, t. 4 (1974), pp. 273 à 275 : reproduction d'une formule B.N.P. de cautionnement appuyé d'un nantissement de titres. (Cas pratique n° 11 sur les opérations de crédit).

JURIS-CLASSEUR NOTARIAL

2e partie. *Formules commentées*. V^o Cautionnement, 1959. 6 formules.

LAINÉY et LECOURT : *Formulaire des actes usuels sous-seings privés*. 12e éd. par Bernard LECOURT. V^o Cautionnement. 7 formules, pp. 166 à 177.

LAPEYRE (André) : *Le droit notarial et les techniques des contrats*. 1ère partie : *Les éléments primaires des contrats*. III. *Les prix*. J.C.P. 1967, éd. N, I, 2095 et édité Librairies Techniques, 1967, pp. 43 à 45 (3 formules).

LEMEUNIER (Franck) : *La pratique des contrats. Formulaire d'actes sous seings-privés*. 6e éd. Paris. Delmas et Cie, 1975. (Coll. *Ce qu'il vous faut savoir*), pages J5 à J7 (Créances et prêts). 5 formules.

MASSE (A.J.) : *Le parfait notaire, ou la science des notaires*. 6e éd., t. 2. Paris. Garnery ; Roret. 1827, p. 71. 2 formules.

MOURLON (Frédéric) et JEANNES SAINT-HILAIRE : *Formulaire général à l'usage des notaires, juges de paix, avoués, huissiers, greffiers et officiers de l'état-civil*. Nouvelle éd. Paris. Marescq, 1882. Titre : Du cautionnement. Formules 618 à 626, pp. 487 à 491.

REPERTOIRE NOTARIAL DALLOZ.

Avec le concours du Répertoire Defrénois, t. 3. *Formulaire*, 1958. V^o Cautionnement. Formules 197 à 208.

III – MONOGRAPHIES ET ETUDES SPECIALES

ARNAUD (André-Jean) : *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise.* Paris, L.G.D.J., 1973.

BIGOT (Jean) : *Juris-Classeur civil*, art. 1146-1155, fasc. Ib (Responsabilité contractuelle - Domaine), 1971.

BONNECASE (Julien) : *Le droit commercial maritime. (Son particularisme, son domaine d'application et sa méthode d'interprétation).* Paris. Sirey. 2e éd., 1930.

BOULANGER (Jean) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil.* V^o Novation. 1ère éd., 1953.

BOYER (Louis) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil.* V^o Transaction. 1ère éd., 1955.

– *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil.* Vis Contrats et Obligations. 2e éd., 1971.

BRUN (François) : *Le contentieux des affaires.* Préface de Yves MICHEL. Paris, L.G.D.J., 1970.

* CABRILLAC (Henri) : *Le chèque et le virement.* 4e éd. par Michel CABRILLAC. Paris. Librairies Techniques, 1967.

CABRILLAC (Michel) : *Le règlement des créances de l'entreprise.* Paris. Librairies Techniques. Coll. Droit et gestion, 1971, 168 p.

* – *La lettre de change dans la jurisprudence.* Paris. Librairies Techniques. Coll. «Recueil systématique de jurisprudence commentée», t. 2, 1973.

CABRILLAC (Michel) et RIVES-LANGE (Jean-Louis) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit commercial.* 2e éd. Vis Dépôt et compte en banque, 1974.

- CAPITANT (Henri)** : *Introduction à l'étude du droit civil*. Notions générales. 4e éd. Paris. Pédone, 1923.
- * — *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*. Paris. Dalloz, 1923. (1ère éd.).
- *Vocabulaire juridique*. Paris. P.U.F., 1930-1937.
- CARBONNIER (Jean)** : *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris, L.G.D.J. 2e éd., 1971 et 3e éd., 1976.
- CHAVANNE (Albert)** : *Encyclopédie Dalloz, Répertoire droit civil*. 1ère éd., 1951. V^o Compte.
- CHAVANNE (Albert) et PONSARD (André)** : *Encyclopédie Dalloz, Répertoire droit civil*. 2e éd., 1951. V^o Compte.
- COUTURIER (Jean-Pierre)** : *Juris-Classeur civil* : art. 1253-1255 (1975) (imputation des paiements); art. 1256 (1975) (imputation des paiements).
- * **DELAHAYE (Pedro)** : *Répertoire décennal de la jurisprudence belge*. 1956 à 1965, t. 2. V^o Cautionnement. Bruxelles. Bruylant, 1967.
- DEMOGUE (René)** : *Les notions fondamentales du droit privé*. Paris. Rousseau, 1911.
- DERRIDA (Fernand)** : *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*. Paris. Defrénois, 1969.
- DERRUPPE (Jean)** : *Juris-Classeur droit international*. Fasc. 555 (*Sûretés personnelles et réelles*), 1960.
- DEVOS (Robert et Maurice)** : *Rapport sur la vie sociale des sociétés civiles*, au 67^e Congrès des notaires (Biarritz, 1970). *Théorie et pratique des sociétés civiles*. Paris. Librairies Techniques, 1970, pp. 151 à 309.
- DIRECTION GENERALE DES IMPOTS (D.G.I.)**.
- * — Instruction n° 12-A-17-73 du 10 décembre 1973. (Commentaire du règlement du cautionnement n° 3751). B.O.D.G.I. n° 21 du 10 décembre 1973, pp. 45 à 74 (pp. 221 à 250).
- DOSSE (Christiane)** : *Technique bancaire aux Etats-Unis. Le financement des entreprises*. Paris. Dalloz, 1976, 130 p.
- ECOLE NATIONALE D'ASSURANCES**.
- *L'assurance. Théorie, pratique, comptabilité*. Ouvrage établi par un comité de professeurs de l'E.N.A. Paris. A.A.A., t. 1, 1967.

- ESMEIN (Paul)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. V^o Confusion, 1951.
- * **FOUCHARD (Philippe)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*. V^o Cautionnement, 1968.
- FOURNIER (Marthe)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. Vis Dation en paiement. 1ère éd., 1952 ; 2e éd., 1971.
- * **GAUDIN de LAGRANGE (Emérentienne) et RADOUANT (Jean)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. Vis Prescription civile, 1974.
- GAVRE (Jacques de)** : *Le contrat de transaction*, t. 1. Bruxelles, Bruylant, 1967 (398 pages).
- * **GAVALDA (Christian) et PARLEANI (Gilbert)** : *Juris-Classeur commercial. Annexes. Banque et bourse*, fasc. 36 (Garanties et sûretés en matière d'opérations de crédit,... cautionnement), 1974.
- GENY (François)** : *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 1, 1913. Paris. Tenin.
– *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2e éd. Préface R. SALEILLES. Nouveau tirage. Paris, L.G.D.J., 1954, 2 tomes.
- GIVERDON (Claude)** : *Juris-classeur civil*. Art. 1304-1314, fasc. 3 (effets de la nullité).
- GORE (François) et DUPOUY (Claude)** : *Comptabilité générale de l'entreprise industrielle et commerciale*. Paris. Montchrestien, 1975.
- GORPHE (François)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. Vis Bonne foi, 1951.
- GUILLIEN (Raymond), VINCENT (Jean) et leurs collaborateurs** : *Lexique de termes juridiques*. Paris. Dalloz. 1ère éd., 1971.
- HEBRAUD (Pierre)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd., 1951. V^o Acte.
- HEMARD (Jean), TERRE (François) et MABILAT (Pierre)** : *Sociétés commerciales*, t. 1. Paris. Dalloz, 1972.
- HOUIN (Roger)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit commercial*. 1ère éd. Vis Faillite - Règlement judiciaire, 1957. (Assisté de F. DERRIDA pour les développements concernant le concordat).

INSPECTION GENERALE DES FINANCES

Rapport : *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire*. Paris. Sirey, 1970. V. Bibliothèque droit commercial, t. 20. Préface V. GISCARD d'ESTAING.

* **ISSA-SAYEGH (Joseph)** : *Juris-Classeur commercial*. Art. 130 (Aval), 1972.

JAUBERT (Pierre) : *Juris-Classeur civil*. Art. 1271-1281. Fasc. 1, 2, 3, 4, 1963 (novation et délégation).

— *Juris-Classeur civil*. Art. 1249-1252. Fasc. I. à VI (1961). (Subrogation personnelle).

JAUFFRET (Alfred) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit commercial*. 1ère éd. Vis Actes de commerce, 1956.

* **JESTAZ (Philippe)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*. 2e éd. V^o Cautionnement, 1970. (Cité P. JESTAZ).

* — *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit commercial*. 2e éd. V^o Cautionnement, 1972.

JHERING (Rudolf Von) : *Œuvres choisies*. Trad. par O. de MEULENAERE. 2 vol. Paris, 1893. Marescq.

— *Zweck im Recht*. Trad. O. de MEULENAERE. Paris. Marescq, 1901.

— *L'esprit du droit romain*. Trad. O. MEULENAERE de la 3e éd. allemande. Paris. Marescq. 4 vol., 1877-1888.

JOSSERAND (Louis) : *Essais de téléologie juridique* :

— t. 1 : *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. 2e éd. Paris. Dalloz, 1939.

— t. 2 : *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*. Paris. Dalloz, 1928.

— *Evolutions et actualités. Conférences de droit civil*. Paris. Sirey, 1936.

MALAUURIE (Philippe) : *Juris-Classeur civil*. Art. 1235 (obligation naturelle), 1959.

— *Cours de droit civil*. Doctorat. 1973-1974. Problèmes actuels du droit des obligations. La dépréciation monétaire. Les Cours de Droit, Paris, 1974.

— *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. V^o Vente (1954) ; V^o Renonciation (1954).

MAX PLANCK INSTITUT DE HAMBOURG

- * — Etude sur *Le cautionnement dans le droit des Etats membres des communautés européennes*. Hambourg, 1969. Edition française. RVgl. 15040. 739/XIV/70 F. Dactyl. Egalement publiée dans les Etudes de la commission des C.E.E. Série Concurrence, rapprochement des législations, n° 14. Bruxelles, 1971.

MENDEGRIS (Roger) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. V° Compensation, 1973.

MORIN (Gaston) : *La révolte du droit contre le code*. Paris. Sirey, 1945, 119 p.
— *La révolte des faits contre le code*. Paris. Grasset, 1920, 254 p.

MOUSSERON (J.M.), BURST (J.J.), CHOLLET (N.), LAVABRE (C.), LELOUP (J.M.), SEUBE (A.) : *Droit de la distribution*. Paris. Librairies techniques, 1975.

OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL DU QUEBEC

- * Rapport XXXIII du Comité du contrat de cautionnement. Montréal (360 rue Mc Gill. Chambre 402), 1975. Edition Français-Anglais, 40 p.
- * **OVERSTAKE (Jean-François)** : *Juris-Classeur civil*. Art. 2260-2264. Effets de la prescription, 1974.

PERCEROU (Roger) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit commercial*. Vis Compte courant. 1ère éd., 1950; 2e éd., 1972.

PERCEROU (Jean) et BOUTERON (Jacques) : *La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque*. Paris. Sirey. 2 tomes. t. 1 : lettre de change et billet à ordre, 1937 ; t. 2 : chèque, 1951.

PERROT (Roger) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd., 1952. V° Déchéance. — eod. op ; Vis Chose jugée. 1ère éd., 1951.

- * **PETIT-DUTAILLIS (Georges)** : *Le régime du crédit bancaire*. 2 t. 4e éd. : avec la collaboration de Paul ROGHI. Paris. Riber, 1972.
- * — *Le crédit et les banques* (avec la collaboration d'Henri BERNARD). Paris. Sirey, 1964.

PONSARD (André) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. V° Payement (1953).
— *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. V° Subrogation (1955).

PONSARD (André) et BLONDEL (Pierre) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. V^o Nullité (1973).

— *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. V^o Subrogation (1976).

RADOUANT (Jean) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd.

- * — Vis Remise de dette (1954).
- Vis Force majeure (1952).
- Vis Tacite reconduction (1954).

RAYNAUD (Pierre) : *L'ordre public économique*. Cours de doctorat. Droit civil approfondi, 1965-1966. Paris. Les Cours de Droit.

RIEG (Alfred) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. V^o Novation, 1973.

— *Juris-Classeur civil*. Art. 1134-1135. Fasc. 1, 1965.

RIPERT (Georges) : *La règle morale dans les obligations civiles*. 4e éd. Paris, L.G.D.J., 1949.

— *Les forces créatrices du droit*. Paris, L.G.D.J., 1955.

— *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. V^o Droit, 1952.

- * **RIVES-LANGE (Jean-Louis)** : *Juris-Classeur commercial*. Annexes. Banque et bourse, fasc. 35 (escompte).

- * **RIVES-LANGE (Jean-Louis et Marie-Thérèse)** : *Juris-Classeur commercial*. Annexes. Banque et bourse, fasc. 17 bis (Le compte courant), 1971.

- * **ROBLLOT (René)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit commercial*. 2e éd. V^o Aval, 1972.

RODIERE (René) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. V^o Responsabilité (en général), 1975.

— Eod. op. Vis Responsabilité contractuelle, 1975.

ROUJOU de BOUBEE (Gabriel) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 2e éd. V^o Déchéance, 1974.

- * **SIMLER (Philippe)** : *Juris-Classeur civil*. Article 2011 à 2033 (1973) et 2034 à 2037 (1974) sur le cautionnement.

STOUFFLET (Jean) : *Juris-Classeur commercial*. Annexes. Banque et bourse, fasc. 16 bis (Le compte en banque. Théorie générale).

- * **VEAUX (Daniel)** : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*. 1ère éd. V^o Cautionnement, 1951.

VERDOT (René) et HEBRAUD (Pierre) : *Encyclopédie Dalloz. Répertoire droit civil*, 2e éd. V^o Acte, 1970.

- * **VILLA (Michel)** : *Juris-Classeur civil*, fasc. articles 2242-2250 (Prescription), 1974.
- * **WATTIEZ (Jean-Pierre)** : *Juris-Classeur commercial. Annexes. Banque et bourse*, fasc. 34, 1ère et 2e cah. (1965). (Le cautionnement bancaire).

IV — THESES

ARNAUD (André-Jean) : *Les origines doctrinales du Code civil français*. Thèse d'histoire du droit. Strasbourg, 1964. L.G.D.J., 1969 (bibl. de philosophie du droit, t. 9. Préface M. VILLEY). (326 p.).

ATIAS-LETREMY (Christian) : *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*. Thèse. Poitiers, 1974. Dactyl., 2 t., 685 p.

AZEMA (Jacques) : *La durée des contrats successifs*. Thèse. Lyon, 1968. Paris, L.G.D.J., 1969. (Bibl. droit privé, t. 102. Préface R. NERSON). 301 p.

* **BARONCEA (Démètre J.)** : *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur)*. Thèse. Paris, 1929. Duchemin, 1929. (265 p.).

BASTIAN (Daniel) : *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*. Thèse. Paris, 1929. Sirey, 1929.

* **BAUDRON (Anne-Marie)** : *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*. Thèse. Dijon, 1970. Paris, L.G.D.J., 1972. (Bibl. droit privé, t. 123. Préface C. GAVALDA).

BECQUART (Joseph) : *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*. Thèse. Lille, 1928. Paris, P.U.F., 1928, 336 p.

BEGUIN (Jacques) : *Les extensions de passif en droit commercial*. Thèse. Rennes, 1965. Dactyl. 593 p. (2 tomes).

- BENABENT (Alain)** : *La chance et le droit*. Thèse. Paris, 1971. L.G.D.J., 1973. (Bibl. droit privé, t. 128. Préface J. CARBONNIER), 231 p.
- BERLIOZ (Georges)** : *Le contrat d'adhésion*. Thèse. Paris, 1971. L.G.D.J., 1973. (Bibl. droit privé, t. 132. Préface B. GOLDMAN), 205 p.
- BESNARDEAU (Roland)** : *L'évolution de la notion de compensation en droit commercial*. Thèse. Paris, 1963. Dactyl. 588 p.
- BOITARD (Michel)** : *Les contrats de services gratuits*. Thèse. Paris, 1941. Sirey, 1941 (316 p.).
- BOULAN (Fernand)** : *La transaction en droit privé positif*. Thèse. Aix, 1971. Dactyl. 484 p.
- BOYER (Louis)** : *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse. Toulouse, 1937. Paris. Sirey, 1937 (509 p.).
- BUFFELAN-LANORE (Yvaine)** : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*. Thèse. Toulouse, 1961. Paris, L.G.D.J., 1963. (Bibl. droit privé, t. 43. Préface P. HEBRAUD), 176 p.
- BRUNELAT (Jean)** : *La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant*. Thèse. Lille, 1963. Paris. Sirey, 1964. Bibl. de droit commercial, t. 8. Préface M. VASSEUR.
- CABRILLAC (Michel)** : *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession*. Thèse. Montpellier, 1954. Paris. Sirey, 1954. Préface E. BECQUE. (403 p.).
- CALAIS-AULOY (Jean)** : *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Thèse. Montpellier, 1959. L.G.D.J., Paris, 1961. (Bibl. droit privé, t. 17. Préface H. CABRILLAC), 299 p.
- CASSIN (René)** : *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. Thèse. Paris, 1914. Ed. Paris, 1914.
- CATALA (Nicole)** : *La nature juridique du paiement*. Thèse. Paris, 1960. Paris, L.G.D.J., 1961. (Bibl. droit privé, t. 25. Préface J. CARBONNIER), 353 p.

CELICE (Bruno) : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*. Thèse. Paris, 1966. L.G.D.J., 1968. (Bibl. droit privé, t. 84. Préface J. CARBONNIER). 246 p.

CHAVANNE (Albert) : *Essai sur la notion de compte en droit civil*. Thèse. Lyon, 1947.

COMPARATO (Fabio Konder) : *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Thèse. Paris, 1963. Dalloz, 1963. Préface A. TUNC (237 p.).

CONTAMINE-RAYNAUD (Monique) : *L'intuitus personae dans les contrats*. Thèse. Paris, 1974. Dactyl. (810 p.).

CORENBLIT (Moïse) : *Critique de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184 C. civ.* Thèse. Grenoble, 1940. Ed. Gap, impr. Louis Jean, 1940. (191 p.).

* **COUTURIER (Gérard)** : *La confirmation des actes nuls*. Thèse. Paris, 1969. L.G.D.J., 1972. (Bibl. droit privé, t. 121. Préface J. FLOUR).

DEPREZ (Jean) : *La rétroactivité dans les actes juridiques*. Thèse. Rennes, 1953.

DERRUPPE (Jean) : *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*. Thèse. Toulouse, 1952. Paris. Dalloz, 1952. Préface J. MAURY. (435 p.).

DESSENS (André) : *Essai sur la notion d'équité*. Thèse. Toulouse, 1934. Ed. Boisseau. Toulouse, 1934. (256 p.).

DIENER (Pascal) : *Le silence et le droit. (Essai sur le silence en droit privé)*. Thèse. Bordeaux, 1975. Dactyl.

DUPEYRON (Christian) : *La régularisation des actes nuls*. Thèse. Toulouse. L.G.D.J., 1973. (Bibl. droit privé, t. 127. Préface P. HEBRAUD).

DUPEYROUX (Jean-Jacques) : *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*. Thèse. Toulouse, 1955. Paris. L.G.D.J., 1955. Préface J. MAURY. (460 p.).

DURMA (Micea) : *La notification de la volonté. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*. Thèse. Paris, 1930. Sirey, 1930. (551 p.).

- * **ENGELHARD-GROSJEAN (Marie-Louise)** : *Le cautionnement en droit anglais*. Thèse. Paris, 1974. Dactyl. (183 ff.).
- * **FONTAINE (Marcel)** : *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*. Thèse. Liège. Ed. Bruxelles. C.I.D.C., 1966. (310 p.).
- * **GAMBIER (Marcel)** : *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français. Etude de droit comparé*. Thèse. Caen, 1896. Editée à Caen. (170 p.).
- * **GEISENBERGER (Bernard)** : *L'aval des effets de commerce*. Thèse. Paris, 1953. L.G.D.J., 1954. (294 p.).
- * **GILLIERON (Pierre-André)** : *Les garanties personnelles en matière bancaire*. Thèse. Genève, 1958. Imprimerie du Journal de Genève, 1958. (244 p.). Ed. Droz. Genève, 1969. Texte inchangé.
- GORPHE (François)** : *Le principe de la bonne foi*. Thèse. Paris, 1928. Dalloz, 1928. (263 p.).
- * **GOUBEAUX (Gilles)** : *La règle de l'accessoire en droit privé*. Thèse. Nancy, 1969. Paris. L.G.D.J., 1969. (Bibl. droit privé, t. 93. Préf. D. TALLON).
- GOUNOT (Emmanuel)** : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. (Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique)*. Thèse. Dijon, 1912. Paris. Rousseau, 1912. (470 p.).
- GRAMMATIKAS (Georges)** : *Théorie générale de la renonciation en droit civil. (Etude parallèle du droit français et du droit hellénique)*. Thèse. Paris, 1970. L.G.D.J., 1971. Préface J. CARBONNIER. (194 p.).
- GROSS (Bernard)** : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*. Thèse. Nancy, 1962. L.G.D.J., 1963. Bibl. droit privé, t. 42. L.G.D.J., 1964. Préface D. TALLON.
- * **HEBERT (Jean-Louis)** : *Aspects juridiques du financement de la construction et de l'accession à la propriété des logements en France*. Thèse. Caen, 1973. (Dactyl.). 2 tomes. (596 p.).
- * **HERVE (Louis)** : *Cautionnement, solidarité, indivisibilité (comparaison)*. Thèse. Bordeaux, 1940. Ed. Brière, 1940. (153 p.).
- HOUIN (Brigitte)** : *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*. Thèse. Paris, 1973. Dactyl. (700 p.).

- HOUIN (Roger)** : *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*. Thèse. Paris, 1937. Ed. Lavergne, 1937.
- HOVASSE (Henri)** : *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*. Thèse. Rennes, 1974. Dactyl. (318 p.).
- * **JAPIOT (René)** : *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*. Thèse. Dijon, 1909. Ed. Dijon, 1909. (964 p.).
- * **LAMBERET (Georges)** : *Du bénéfice de cession d'actions en droit romain. De la subrogation légale au profit de ceux qui étaient tenus avec et pour d'autres en droit français*. Thèse. Paris, 1881. A. Derenne, 1881. (257 p.).
- LANDRAUD (Daniel)** : *La prescription extinctive et l'ordre public*. Thèse. Lyon, 1971. Dactyl. (467 p.).
- LARROUMET (Christian)** : *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*. Thèse. Bordeaux, 1968. Dactyl.
- LEGAL (Alfred)** : *De la négligence et de l'imprudence comme sources de la responsabilité civile délictuelle*. Thèse. Paris, 1922. (220 p.). Ed. Paris, 1922.
- * **LENFANT (Bernard)** : *Le domaine du cautionnement en droit commercial*. Thèse. Paris, 1959. Dactyl. (234 ff.).
- LESTAPIS (Pierre de)** : *La notion juridique de crédit. Etude de droit civil français*. Thèse. Bordeaux, 1940. Ed. Brière. (252 p.).
- LUCAS de LEYSSAC (Claude)** : *L'utilisation de la compensation en droit commercial*. Thèse. Paris, 1973. Dactyl. (451 ff.).
- * **MARGOT (A.)** : *Le cautionnement du compte de crédit*. Dissertation. Lausanne, 1930.
- MARTIN de la MOUTTE (Jacques)** : *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*. Thèse. Toulouse, 1949. Paris. Sirey, 1951. Préface P. RAYNAUD. (343 p.).
- MENDEGRIS (Roger)** : *La nature juridique de la compensation*. Thèse. Grenoble, 1967. Paris. L.G.D.J., 1969. (183 p.). Bibl. droit privé, t. 104. Préface P. CATALA.

MERLE (Roger) : *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*. Thèse. Toulouse, 1949. Paris. Rousseau, 1949. Préface P. HEBRAUD.

* **MESTRE (Jacques)** : *La subrogation personnelle*. Thèse. Aix 1976. Paris. L.G.D.J. 1979 (Bibl. dr. privé, t. 160 - Préface P. KAYSER, 761 p.).

MOUSSERON (Jean-Marc) : *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*. Thèse. Montpellier, 1958. Paris, L.G.D.J., 1961. (Bibl. droit privé, t. 23. Préface H. CABRILLAC).

NEEL (Philippe) : *Les droits du banquier qui a contrepasé des effets de commerce en compte courant*. Thèse. Paris, 1956. Dactyl.

* **NIGOUL (Joseph)** : *Du cas particulier d'extinction du cautionnement prévu par l'article 2037 du Code civil*. Thèse. Toulouse, 1897. (120 p.).

OVERSTAKE (Jean-Francis) : *Essai de classification des contrats spéciaux*. Thèse. Bordeaux, 1968. Paris. L.G.D.J., 1969. (Bibl. droit privé, t. 91. Préface J. BRETHER de la GRESSAYE).

PALLARD (Roger) : *L'exception de nécessité en droit civil*. Thèse. Poitiers, 1948. L.G.D.J., 1949. Préface R. SAVATIER. (380 p.).

PASCAL (Olivier) : *La caducité des contrats*. Mémoire D.E.S. - D.J.C.E. Montpellier, 1974. (48 p.).

PERRIN (Xavier) : *De la conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Essai d'une théorie en droit français*. Thèse. Dijon, 1911. Ed. Besançon, 1911. (319 p.).

PERROT (Roger) : *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Thèse. Paris, 1947.

PIEDELIEVRE (Jacques) : *Des effets produits par les actes nuls*. Thèse. Paris, 1911.

PILLEBOUT (Jean-François) : *Recherches sur l'exception d'inexécution*. Thèse. Paris, 1969. L.G.D.J., 1971. (Bibl. droit privé, t. 119).

POPA (Ervin A.) : *La notion de « Debitum » (Schuld) et « Obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne*. Thèse. Paris, 1935. Paris. Maller, 1935. Préface R. DEMOGUE.

POULAIN (Guy) : *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée. (Essai pour un statut unique de la résiliation du contrat de travail)*. Thèse. Strasbourg, 1970. Paris. L.G.D.J., 1971.

REYMOND de GENTILE (Marie-Jeanne) : *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*. Thèse. Paris, 1972. Sirey, 1973. Bibl. de droit commercial, t. 25. Préface G. LAGARDE.

RIEG (Alfred) : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Thèse. Strasbourg, 1958. Paris. L.G.D.J., 1961. (Bibl. droit privé, t. 19. Préface R. PERROT).

RIVES-LANGE (Jean-Louis) : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*. Thèse. Montpellier, 1961. Paris. L.G.D.J., 1962. (Bibl. droit privé, t. 32. Préface J. BECQUE). 411 p.

RIVES-LANGE (Marie-Thérèse) : *Le compte courant en droit français*. Thèse. Montpellier, 1968. Paris. Sirey, 1969. (Bibl. droit commercial, t. 19. Préface M. CABRILLAC).

ROUAST (André) : *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*. Thèse. Lyon, 1909.

ROUBIER (Paul) : *Essai sur la personnalité pré-contractuelle*. Thèse. Lyon, 1911.

ROUJOU de BOUBÉE (Gabriel) : *Essai sur l'acte juridique collectif*. Thèse. Toulouse, 1959. Paris. L.G.D.J., 1961. (Bibl. droit privé, t. 27. Préface G. MARTY).

SAVATIER (René) : *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*. Thèse. Poitiers, 1916. Paris. Société française d'imprimerie et de librairie, 1916. (451 p.).

SEUBE (Alain) : *Le contrat de fourniture*. Thèse. Montpellier, 1970. Dactyl. (576 p.).

* **SIGALAS (Pierre-André)** : *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*. Thèse. Aix, 1959. (212 p.). Multigravée (ou ronéotypée).

SIMLER (Philippe) : *La nullité partielle des actes juridiques*. Thèse. Strasbourg, 1968. Paris. L.G.D.J., 1969. (Bibl. droit privé, t. 101. Préface A. WEILL). 511 p.

SOURIOUX (Jean-Louis) : *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*. Thèse. Paris, 1965. Lib. du journal des notaires et avocats, 1967. Préface J. BOULANGER. (178 p.).

TERRE (François) : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Thèse. Paris, 1955. (599 p.). Paris L.G.D.J., 1956. (Bibl. droit privé, t. 2. Préface R. LE BALLE).

* **TEYSSIE (Bernard)** : *Les groupes de contrats*. Thèse. Montpellier, 1974. Paris. L.G.D.J., 1975. (Bibl. droit privé, t. 139. Préface J.M. MOUSSEON). 328 p.

* **THISSE (Roger)** : *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité*. Thèse. Montpellier, 1895. Impr. Ricard, 1895. (300 p.).

* **TORQUEBAU (Henri)** : *Les garanties en matière d'ouverture de crédit*. Thèse. Montpellier, 1930.

* **VALDELIEVRE (François)** : *La confirmation des actes nuls*. Thèse. Paris, 1964. Dactyl. (124 p.).

VALLEUR (Francis) : *L'intuitus personae dans les contrats*. Paris, 1938. Impr. Lavergne, 1938. (336 p.).

VASSEUR (Michel) : *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*. Thèse. Paris, 1947. Ed. 1949. Préface J. HAMEL.

VERDIER (Jean-Maurice) : *Les droits éventuels. (Contribution à l'étude de la formation successive des droits)*. Thèse. Paris, 1953. Paris. Rousseau, 1955.

* **VIALET (Albert)** : *De l'extinction du cautionnement par l'impossibilité de subrogation*. Thèse. Lyon, 1900. (117 p.).

VIDAL (José) : *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Thèse. Toulouse, 1956. Paris. Dalloz, 1957. Préface G. MARTY (481 p.).

VOLANSKY (Alexandre Al.) : *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*. Thèse. Paris, 1929. Paris. Duchemin, 1929. (412 p.).

VOUIN (Robert) : *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*. Thèse. Bordeaux, 1939. L.G.D.J., 1939. (478 p.).

* **WATTIEZ (Jean-Pierre)** : *Le crédit par caution (le rôle des banques et des établissements financiers)*. Thèse. Lille, 1963. Paris. Sirey, 1964. (163 p.). Parue dans la Bibl. de droit commercial, t. 9. Sirey, 1964. Préface M. VASSEUR sous le titre : *Le cautionnement bancaire*.

V — ARTICLES, CHRONIQUES, ETUDES ET RAPPORTS.
PREFACES ET COMPTES-RENDUS.

- * **APPERT (G.)** : *Rapport sur les obligations solidaires* devant la Commission de révision du Code civil. Bull. Soc. d'études législatives, 1910, pp. 149 à 158.
- ARTZ (Jean-François)** : *L'extension du règlement judiciaire et de la liquidation des biens des dirigeants sociaux*. Rev. trim. dr. com. 1975, pp. 1 à 33.
- AUBERT (Jean-Luc)** : *Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur. (Un aspect particulier de la théorie générale des nullités)*. Rev. trim. dr. civ. 1969, pp. 692 à 715.
- AZOULAI (Marc)** : *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in : La tendance à la stabilité du rapport contractuel, ouvr. coll. sous la direction de P. DURAND. Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 1 à 36.
- BALLOT-BEAUPRE** : Discours publié in *Le centenaire du Code civil. 1804-1904*, pp. 23 à 36. Paris. Imprimerie Nationale, 1904. Réédité in *Le livre du centenaire du Code civil*. Paris. Duchemin, 1969, en annexe, t. 2.
- BECQUE (Emile)** : *Préface* à la thèse de J.M. AUSSEL : *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*. Montpellier. Impr. Charité, 1952, pp. 5 à 7.
- * **BETANT-ROBET (Solange)** : *La décharge de la caution par application de l'article 2037*. Rev. trim. dr. civ. 1974, pp. 309 à 346.

BISCHOFF (Jean-Marc) : *La protection des engagements temporaires*, in : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. Ouvr. coll. sous la direction de P. DURAND. Paris. L.G.D.J., 1960, pp. 108 à 144.

- * **BLIN (Henri)** : *La loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et des personnes dépossédées de leurs biens outre-mer*. J.C.P. 1970, I, 2293. Ed. C.I. n° 87416. (6 p.).

BONET (Georges) et GROSS (Bernard) : *La réparation des dommages causés aux constructions par les vices de matériaux*. J.C.P. 1974, I, 2602. (8 p.).

- * **BOULVERT (Gérard)** : *La validité de l'obligation principale dans le cautionnement «verbis» d'après Gaius III, 119 et 119-A*, in : *Etudes offertes à André AUDINET*, Paris, P.U.F., 1968, pp. 7 à 41.

BOYER (G.) : *La notion d'équité dans la jurisprudence des parlements*. Mélanges J. MAURY. Dalloz et Sirey, 1960, t. 2, pp. 257 et s.

BREDIN (Jean-Denis) : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*. Travaux de l'Association Henri Capitant, 1959-1960. (t. 13. Paris. Dalloz, 1963), pp. 355 à 384.

BRETON (André) : *Des effets civils de la bonne foi*. Revue critique 1926, pp. 86 à 111.

BRIERE de L'ISLE (Georges) : *La faute intentionnelle. A propos de l'assurance de responsabilité civile professionnelle*. D. 1973 chron., p. 259 s.
— *Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration*, in : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. Ouvrage collectif sous la direction de P. DURAND. Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 301 à 322.

— *De la notion de contrat successif*. D. 1957, chron., pp. 153 à 156.

- * **BURGARD (Jean)** : *Le cautionnement personnel*. Revue : *Le management*, 1971 (juillet-août), pp. 83 à 85.
— *Nécessités économiques et évolution du droit des sociétés : fusions et management*. Rev. Soc., 1969, pp. 109 à 142.

CABRILLAC (Michel) : *Préface à la thèse de M.-Th. RIVES-LANGE : Le compte courant en droit français*. Bibl. de droit commercial, t. 19. Paris. Sirey, 1969.

— *Rapport sur : Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français*. Travaux de l'Association H. CAPITANT. Montpellier, 1970. (t. 22 : *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques* ; Paris. Dalloz, 1975), pp. 152 à 166.

- CARBONNIER (Jean) :** *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé.* Rapport général. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, 1959-1960. (t. 13. Paris. Dalloz, 1963), pp. 283 à 297.
- *Notes sur la prescription extinctive.* Rev. trim. dr. civ. 1952, pp. 171 à 181.
 - *La règle Contra non valentem agere.* Revue critique 1937, pp. 155 et s.
 - *Préface* à l'ouvrage collectif : *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée.* Sous la direction de Paul DURAND. Paris. L.G.D.J., 1961. (Bibl. droit privé, t. 26, pp. I à V).
 - *Préface* à la thèse de Bruno CELICE : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques.* Paris ; L.G.D.J. 1968. (Bibl. droit privé, t. 84), pp. V à VIII.
 - *Voltaire ou l'artificialisme juridique.* Mélanges L. BAUDOUIN. (Problèmes de droit contemporain). Montréal, 1974, pp. 477 à 484. (Egalement in *Flexible droit*, 3e éd. (1976), pp. 91 à 98.
- CASSIN (René) :** *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution.* Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 159 à 180.
- CATALA (Pierre) :** *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne.* Rev. trim. dr. civ. 1966, pp. 185 à 215.
- CHABAS (François) :** *Réflexions sur la compensation judiciaire.* J.C.P. 1966, I, 2026. (8 p.).
- CHAPUT (Yves) :** *Les sûretés négatives.* Annales de la Faculté de droit de Clermont, 1974, fasc. 11, pp. 167 à 191.
- CHARMONT (J.) et CHAUSSE (A.) :** *Les interprètes du Code civil.* Livre du centenaire du Code civil. Paris. Imprimerie nationale, 1904, t. 1, pp. 129 et s.
- CHEMINADE (Yvonne) :** *Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes.* Rev. trim. dr. com. 1972, pp. 15 à 44.
- CHEVALLIER (Jean) :** Rapport général aux Journées H. CAPITANT, de Turin, sur : *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques.* Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. 14, 1961-1962. Paris. Dalloz, 1965, pp. 513 à 520.
- CHILLAZ (Emmanuel de) :** *Au-delà de l'escompte classique.* Supplément aux Cahiers Français, n° 199 (janv.-févr. 1975) consacré à «La banque». La Documentation Française. Notice 7. (14 p.).

COLOMBET (C.) : *De la règle que l'action paulienne n'est pas recevable contre les paiements*. Rev. trim. dr. civil 1965, pp. 5 et s.

CORNU (Gérard) : *Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*. Etudes de droit contemporain. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris. Congrès de Hambourg, 1962. Paris. Cujas, 1962, pp. 239 à 257.

* **DAGOT (Michel)** : *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*. J.C.P. 1975, I, 2693. (6 p.).

* – *De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution*. J.C.P. 1973, I, 2577. (4 p.).

– *Un colosse aux pieds d'argile : la législation sur les procédures collectives de liquidation*. J.C.P. 1973, I, 2538. (1 p.).

DEL VECCHIO (Giorgio) : *Les principes généraux du droit*. Mélanges F. GENY. (*Recueil d'études sur les sources du droit*), t. 2. Paris. Sirey, pp. 69 à 84.

DEMOGUE (René) : *De la nature et des effets du droit éventuel*. Rev. trim. dr. civ. 1906, pp. 231 à 329.

– *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*. Rev. trim. dr. civ. 1907, pp. 245 à 310.

DEPREZ (Jean) : *Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*. Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. 17, 1964. Paris. Dalloz, 1968, pp. 28 à 67.

DI VITTORIO (Jacques) : *Les substitutions de garant dans les emprunts obligataires*. Gaz. Pal. 1975, 2, doctr., pp. 549 à 551.

DRAKIDIS (Philippe) : *Les effets à l'égard des tiers à la renonciation à la compensation acquise*. Rev. trim. dr. civil 1955, pp. 238 à 253.

DUPICHOT (Jacques) : *La notoriété, cette inconnue*. Ann. de la Faculté de droit de l'Université de Clermont-Ferrand, fasc. 8, 1971, pp. 6 à 89.

DURAND (Paul) : *Préface à l'ouvrage collectif : La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. Paris. L.G.D.J., 1960, pp. I à V.

ESMEIN (Paul) : *Essai sur la théorie juridique du compte courant*. Rev. trim. dr. civil, 1920, pp. 70 et s.

– *L'obligation et la responsabilité contractuelles*. Mélanges G. RIPERT : *Le droit français au milieu du XXe siècle*. Paris. L.G.D.J., 1950, t. 2, pp. 101 à 115.

- FLOUR (Jacques)** : *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*. Mélanges G. RIPERT : *Le droit français au milieu du XXe siècle*. Paris. L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 93 et s.
— *Préface* à la thèse de Michèle GOBERT : *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*. Paris. Sirey, 1957. (Bibl. de l'Institut des hautes études de Tunis, t. 6), pp. I à V.
- FONTAINE (Marcel)** : *Rapport sur : la protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belge*. Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1973. t. 24. La protection des consommateurs (journal canadiennes). Paris. Dalloz, 1975, pp. 33 à 63.
- * **FOURNIER (Marcel)** : *Le cautionnement solidaire. (Son rôle pratique à côté du cautionnement simple. Sa nature juridique. Ses effets)*. Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris. Pichon, 1886, pp. 695 à 718 ; 1887, pp. 40 à 57.
- * **FRUGIER (Y.H.)** : *Le recours anticipé de la caution (art. 2032 C. civ.) lui permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité ?* Gaz. Pal. 1971, 2, Doctr., pp. 602-606.
- * **GAVALDA (Christian)** : *La contrepassement des effets de commerce après clôture du compte courant*. J.C.P. 1963, I, 1763.
— *L'assurance crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du secteur des banques et des assurances*. Mélanges A. JAUFFRET. Aix. Faculté de droit, 1974, pp. 343 à 360.
- GHESTIN (Jacques)** : *La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance de responsabilité*. Dalloz 1974, chron., pp. 31 et s.
— *La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse)*. J.C.P. 1976, I, 2786. (6 p.).
- * **GILISSEN (John)** : *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse général*. Recueil de la Société Jean BODIN, t. 28 (*Les sûretés personnelles, 1ère partie*), Lib. Encyclopédique, Bruxelles, 1974, pp. 5 à 127.
- GOMAA (Nooman M.K.)** : *Le concordat*, in : *Faillites*. Ouvrage collectif présenté et dirigé par R. RODIERE. Paris. Dalloz, 1970, pp. 303 à 333.
- GORE (François)** : *Personnalité juridique et personnalité comptable*. Rapport au séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires (Bruxelles, 1973) sur : *La comptabilité et le Droit*. Bruxelles. Bruylant, 1974, pp. 21 à 41.

GUYON (Yves) : *Une faillite au début du XIXe siècle selon le roman de BALZAC «César Birotteau»*. Mélanges A. JAUFFRET. Aix, 1974, pp. 377 à 391.

- * **HACHEZ (Albert)** : *Le cautionnement comme garantie du donneur de crédit*. Revue de la Banque (Belge), 1966, pp. 211 à 233. (Communication faite lors du Séminaire organisé à Liège les 9, 10 et 11 déc. 1965 par la Commission «Droit et Vie des Affaires» de la Faculté de droit de Liège sur le thème : *Les garanties juridiques du donneur de crédit*).

HAMEL (Joseph) : *Préface* à l'ouvrage de G. PETIT-DUTAILLIS : *Le risque du crédit bancaire*. (1ère éd., 1944). 4e éd. Paris. Riber, 1971, pp. 7 à 9.

HEBRAUD (Pierre) : *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*. Mélanges Jacques MAURY, t. 2. Paris. Dalloz-Sirey, 1960, pp. 419 à 476.

– *La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice HAURIOU*. Ann. Fac. Droit et Sc. Eco. Toulouse, 1968, t. 16, fasc. 2, pp. 179 à 207.

HEENEN (Jacques) : *Les «nullités» de la période suspecte dans les pays de la Communauté économique européenne*, in : *Liber Amicorum baron L. Fredericq*. Gent, 1966, t. 1, pp. 557 et s.

– *Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge*. Recueil de la Société Jean BODIN, t. 30, (*Les sûretés personnelles*, 3e partie - période contemporaine), Lib. Encyclopédique. Bruxelles, 1969, pp. 153 à 162.

HEMARD (Jean) : *Rapport sur l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 relative au redressement économique et financier de certaines entreprises*, in : *Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial*. Montpellier, 1968. Librairies techniques, 1968, pp. 9 à 22.

HONORAT (Adrienne) : *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*. Mélanges A. AUDINET. Paris, P.U.F., 1968, pp. 227 à 250.

HOUIN (Roger) : *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*. Communication faite à l'Inspection Générale des Finances le 6 octobre 1964, in : *Rapport de l'I.G.F. Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire*. Paris. Sirey, 1970. Bibl. droit com., t. 20. Annexe, pp. 135 à 140.

– *La prescription décennale des obligations commerciales*. Rev. trim. dr. com. 1949, pp. 3 à 12.

– *Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives*, in : *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*. Travaux de la quatrième journée d'études juridiques Jean Dabin. Bruxelles. Bruylant, 1969, pp. 119 à 136.

JAMBU-MERLIN (Roger) : *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques*. Rev. trim. dr. civ. 1948, pp. 271 et s.
— *Dol et faute lourde*. Dalloz, 1955, chron., pp. 89 à 92.

LEBRET (Jean) : *Suspension et résolution des contrats*. Rev. crit. législ. et jurispr. 1915-1924, p. 581 et s.

LEOTY (Denise) : *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique ?* Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 12 à 46.

LESCOT (Pierre) : *Quelques aspects de la relativité des actes juridiques en droit privé positif*. J.C.P. 1962, I, 1682. (8 p.).

LOUSSOUARN (Yvon) : *Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes*. J.C.P. 1968, I, 2140. (12 p.).
— *Du caractère confiscatoire des mesures prises par l'Etat algérien à l'encontre des entreprises françaises*. D. 1969, chron., pp. 241 à 246.
— *La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu*. Rev. trim. dr. civ. 1949, pp. 212 et s.

LYON-CAEN (Gérard) : *De l'évolution de la notion de bonne foi*. Rev. trim. dr. civ. 1946, pp. 75 à 112.

* **MACQUERON (Jean)** : *Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron*. Annales Fac. Droit Aix-en-Provence, t. 50, 1958, pp. 101 à 132.

MALAURIE (Philippe) : *La cession de contrat*. Rép. Defrénois 1976, pp. 1009 à 1038.

MARGEAT (H.) et FAVRE-ROCHEX (A.) : *La faute intentionnelle en assurance de responsabilité*. Gaz. Pal. 1974, I, Doctr., pp. 455 à 457.

MARTIN (Lucien M.) : *Sûretés traquées : crédit détraqué*. Banque 1975, pp. 1133 à 1139.

MASSÛE (H. de la) : *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion d'abus de droit*. Rev. trim. dr. civ. 1948, pp. 27 et s.

MAURY (Jacques) : *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*. Mélanges G. RIPERT : *Le droit privé au milieu du XXe siècle*. Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 28 et s.

MAZEAUD (Léon) : *L'assimilation de la faute lourde au dol*. D.H. 1933, pp. 49 et s.

MEYNIAL (Edmond Jean Marie) : *Des renonciations au Moyen-Age et dans notre ancien droit*. Nouvelle revue historique droit fr. et étrang. 1900, pp. 108 et s. et tirage séparé. Paris. Larose.

- * **MONTOUT-ROUSSY (Nadine)** : *La situation juridique ambiguë du donneur d'aval*. D. 1974, chron., pp. 197 à 202.

MOUSSERON (Jean-Marc) : *La durée dans la formation des contrats*. Mélanges A. JAUFFRET. Aix, 1974, pp. 509 à 524.

NERSON (Roger) : *Compte-rendu* de la thèse de Mr D. LANDRAUD. (La prescription extinctive et l'ordre public. Lyon, 1971), in : *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques*. Université de Lyon III, 1972 - 1, L.G.D.J., 1972, pp. 265 et 266.
— *La «solenisation» de la vente d'immeubles*. Mélanges L. JULLIOT de la MORANDIERE. Paris, Dalloz, 1964, pp. 400 à 420.

NGUYEN-THANH-BOURGEAIS (Denise) : *Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes*. Rev. trim. dr. civ. 1973, pp. 496 à 521.

PACTET (Christiane) : *De la réalisation de la novation*. Rev. trim. dr. civ. 1975, pp. 435 à 458 (1ère partie) et 643 à 659 (2e partie).

- * **PERCEROU (Roger)** : *La nature juridique de l'assurance crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ?* Revue générale des assurances terrestres 1970, pp. 350 à 357 et 473 à 512.

PERREAU (E.H.) : *Les obligations de conscience devant les tribunaux*. Rev. trim. dr. civ. 1913, pp. 503 à 561.

PIEDELIEVRE (Alain) : *Quelques réflexions sur la maxime «Quod nullum est, nullum productit effectum»*. Mélanges P. VOIRIN. Paris, L.G.D.J., 1967, pp. 638 à 653.

PLAISANT (Robert) : *La recevabilité de l'action en responsabilité intentée par le syndic contre une personne ayant la qualité de créancier compris dans la masse*. Revue des Syndics 1975, pp. 171 à 176.

- * **PORTEMER (Jean)** : *Quelques réflexions sur le cautionnement dans la pratique commerciale française contemporaine*. Mélanges P. ANDRIEU-GUITRANCOURT. L'année canonique, t. 17, 1973. Paris. Faculté de droit canonique, pp. 797 à 804.

QUADEN (Pierre) : *Symétrie et dissymétrie du droit et de la comptabilité*. Rapport au Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires. (Bruxelles, 1973) sur : *La comptabilité et le droit*. Bruylant, Bruxelles, 1974, pp. 42 à 156.

RAYNAUD (Pierre) : *La renonciation à un droit (sa nature et son domaine en droit civil)*. Rev. trim. dr. civ. 1936, pp. 765 à 809.

* **REMOND-GOUILLOUD (Martine)** : *L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement*. J.C.P. 1977, I, 2850. (12 p.).

RENAULD (Jean) : *Principes généraux du droit et équité*. Miscellanea W.J. GANSHOF VAN DER MEERSH, t. 2, Paris, 1972, pp. 879 à 897.

REUTER (Nicolas) : *La «mauvaise foi» de l'article 121 du Code de commerce*. Rev. trim. dr. com. 1974, pp. 439 à 475.

RIGAUX (François) : *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé belge*. Travaux de l'Association Henri Capitant, 1959-1960, t. 13. Dalloz, 1963, pp. 385-440.

RIPERT (Georges) : *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce*. Dalloz Hebdomadaire 1939, pp. 1 à 4.
— *L'ordre économique et la liberté contractuelle*. Mélanges F. GENY (*Recueil d'études sur les sources du droit*), t. 2. Paris. Sirey, pp. 347 à 353.
— *Ebauche d'un droit civil professionnel*. Mélanges H. CAPITANT. Dalloz, 1937, pp. 677 à 693.

RIVES-LANGE (Jean-Louis) : *La liberté des conventions et la contrepassation avant clôture du compte courant*. J.C.P. 1965, I, 1889. (4e cah.).
— *La saisissabilité du compte-courant*. D. 1974, chron., pp. 101 à 103.

RIVES-LANGE (Marie-Thérèse) : *Le différé du compte-courant, partie distincte du disponible*. J.C.P. 1965, I, 2289.

ROBLOT (René) : *Applications et fonctions de la notion d'inaopposabilité en droit commercial*. Mélanges VOIRIN. Paris, L.G.D.J., 1967, pp. 710 à 736.
— *De la faute lourde en droit privé français*. Rev. trim. dr. civ. 1943, pp. 1 et s.

RODIERE (René) : *Préface de l'ouvrage collectif «Faillites»*. Paris. Dalloz, 1970.

ROLAND (Henri) : *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*. Mélanges P. VOIRIN. Paris, L.G.D.J., 1967, pp. 737 à 762.

ROTONDI (Mario) : *Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien*. Mélanges F. GENY (Recueil d'études sur les sources du droit), t. 2. Paris. Sirey, pp. 403 à 422.

– *Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit*. Mélanges M. ANCEL (*Aspects nouveaux de la pensée juridique*), t. 1. Paris. Pédone, 1975, pp. 43 à 57.

ROUAST (André) : *Droits discrétionnaires et droits contrôlés*. Rev. trim. dr. civ. 1944, pp. 1 et s.

ROUBIER (Paul) : *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*. Mélanges RIPERT : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*. Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 9 à 27.

SALLÉ de la MARNIERRE (E.M.) : *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit*. Rev. trim. dr. civ. 1933, pp. 1037 à 1113.

SEILLAN (Yves) : *L'acte abdicatif*. Rev. trim. dr. civ. 1966, pp. 686 à 735.

SEUBE (Alain) : *Les conditions générales des contrats*. Mélanges A. JAUFRET. Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 621 à 633.

* **SIGALAS (Pierre-André)** : *Aval de la lettre de change et cautionnement du rapport fondamental. Réflexions sur l'arrêt de la Chambre civile, section commerciale, de la Cour de cassation du 2 mars 1964*. Rev. trim. dr. com. 1964, pp. 489 à 497.

* **SIMLER (Philippe)** : *La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil*. J.C.P. 1975, I, 2711. (8 p.).
– *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée. (A propos de trois espèces jurisprudentielles récentes)*. J.C.P. 1971, I, 2413. (8 p.).

* **SINAY (Hélène)** : *La situation juridique du donneur d'aval*. Rev. trim. dr. com. 1953, pp. 17 à 52.

STAERCKE (Jacques de) : *La comptabilité des engagements exprimés dans les comptes*. Rapport au séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires (Bruxelles, 1973) sur : *La comptabilité et le droit*. Bruxelles. Bruylant, 1974, pp. 231 à 243.

- STOUFFLET (Jean)** : *Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit*. Rapport au colloque de Paris I sur *La protection des clients de banques et d'établissements financiers*, février 1977. Paris. Economica 1978, ouvr. coll. sous la Direction de C. GAVALDA : *Responsabilité professionnelle du banquier ; contribution à la protection des clients de banque*. pp. 21 à 51.
- * **SZLECHTER (Emile)** : *Les sûretés personnelles dans le droit sumero-akkadien*. Recueil de la Société Jean Bodin, t. 28. *Les sûretés personnelles (1ère partie)*. Editions de la Librairie encyclopédique. Bruxelles, 1974, pp. 173 à 221.
- TERRE (François)** : *Sur la sociologie juridique du contrat*. Archives de philosophie du droit, t. 13 (*sur les notions du contrat*). Paris. Sirey. 1968, pp. 71 à 88.
- * — *Les sûretés personnelles en France*. Recueil de la Société Jean Bodin, t. 30. *Les sûretés personnelles (3e partie)*. Editions de la Librairie Encyclopédique. Bruxelles, 1969, pp. 91 à 119.
- TOUJAS (Georges) et ARGENSON (Jacques)** : *La réforme de la faillite*. J.C.P. 1968, I, 2179. (57 p.).
— *Procédure permettant le redressement économique et financier de certaines entreprises*. J.C.P. 1968, I, 2130. (12 p.).
- TREILLARD (Jacques)** : *De la suspension des contrats*, in : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. Ouvrage coll. sous la direction de P. DURAND. Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 59 à 108.
- TUNC (André)** : *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*. Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 235 et s.
— *Force majeure et absence de faute en matière délictuelle*. Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 171 et s.
— *Ebauche du droit des contrats professionnels*. Mélanges RIPERT (Le droit privé au milieu du XXe siècle), t. 2, 1950, pp. 136 à 158.
- * **VAN OVERBROEK (André)** : *A propos d'un mode d'extinction du cautionnement : l'article 2037 du Code civil*. Revue de la Banque (belge) 1968, pp. 422 à 434.
- VASSEUR (Michel)** : *Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure*. Rev. trim. dr. civ. 1950, pp. 439 à 472.
- VIATTE (Jean)** : *La transmission de l'hypothèque sans la créance garantie*. Gaz. Pal. 1975, 2, Doctr. pp. 513 et 514.

VILLEY (Michel) : *De l'indicatif dans le droit*. Archives de philosophie du droit, t. 19. *Le langage du droit*. Paris, Sirey, 1974, pp. 33 à 61.

VINEY (Geneviève) : *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*. Dalloz 1975, Chron., pp' 263 à 270.

VISSERYT HOOFFJ (H.Ph.) : *La philosophie du langage ordinaire et le droit*. Archives de philosophie du droit, t. 19. *Le langage du droit*. Paris, Sirey, 1974, pp. 19 à 23.

VOULET (J.) : *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*. J.C.P. 1970, I, 2305.

Articles étrangers non traduits.

- * **FRAGALI (Michele)** : *Ancora sul comportamento omissivo del creditore verso il debitore garantito*. (Encore sur le comportement passif du créancier envers le débiteur cautionné). Banca, borsa e titoli di credito, 1971, I, pp. 161 à 172.
- * – *La fideiussione generale*. (Le cautionnement général). Banca, borsa e titoli di credito, 1971, I, pp. 321 à 345.
- * **GIRINO (Franco)** : *Fideiussione et scadenza dell' obbligazione principale*. (Cautionnement et déchéance de l'obligation principale). Rivista di diritto civile, 1971, pp. 544 à 576. (Adde : Mélanges Alberto AURICCHIO).
- ROCCO (Alfredo)** : *Studi sulla teoria generale del fallimento*. (Etudes sur la théorie générale de la faillite). Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1910, I, pp. 669 à 697 et pp. 855 à 875 ; 1912, I, pp. 829 à 844.
- * **STOLFI (Guiseppe)** : *In tema di fideiussione per debiti futuri*. (A propos du cautionnement de dettes futures). Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1971, I, pp. 225 à 234.

VI — NOTES, CONCLUSIONS, RAPPORTS ET OBSERVATIONS

- * **A.C** : Note au Dalloz Périodique 1914, 1, 241, sous Civ. 8 juillet 1913 (*bénéfice de subrogation ; abandon tacite par la caution*).
- A.H.** : Note au Dalloz 1975, 434, sous Soc., 13 mars 1975. (*Règlement judiciaire ; liquidation des biens ; obligation de production de tous les créanciers, même sans titre*).
- * **A.T.** : Note au Dalloz 1952, J, pp. 712 et 713, sous Rennes, 14 juin 1951 (*insolvabilité préexistante du débiteur ; libération caution*).
- * **AUBERT (Jean-Luc)** : Observations au Répertoire du Notariat Defrénois 1976, pp. 566 et 567, sur Dijon, 17 mai 1974. (*Prorogation tacite du terme ; clause en réglementant le régime*).
- * — Observations au Répertoire du Notariat Defrénois 1977, p. 447 sur Com. 24 mai 1976 (*responsabilité du créancier à l'égard de la caution*).
- Observations au Répertoire du Notariat Defrénois 1977, pp. 447 et 448 sur Com. 22 juin 1976 (*terme ou prescription abrégée ; date des poursuites*).
- * **AUBRY (C.)** : Note au Dalloz 1882, 1, 441 et s. sous Req. 7 juin 1882 (*cautionnement solidaire et insolvabilité d'un cofidéjusseur*).
- * **AZOULAI (Marc)** : Observations in : Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale. Sous la direction de R. HOUIN. Sirey. (Bibl. dr. com., t. 2), 1962, n° 104, p. 371 et s. Sur Com., 19 novembre 1888 (*compte-courant ; report de l'aval sur le solde après clôture*).
- * **BATTIFOL (Henri)** : Note à la Rev. crit. dr. intern. privé 1973, pp. 87 à 89, sous Civ., 15 février 1972 (p. 77). (*Paiement - monnaie ; loi régissant l'extinction du cautionnement ; loi du contrat principal ; obligations spéciales de la caution*).

BECQUE (Emile) : Note au J.C.P. 1942, II, 1918. Sous Req., 24 février 1941. (*Paiement ; fraude ; action paulienne*).

BECQUE (Jacques) et CABRILLAC (Henri) : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial :

- * — 1951, p. 96 sur Paris, 31 octobre 1950 (*bénéfice de subrogation ; avaliseur ; oui*).
- * — 1953, p. 146 sur Req. 28 octobre 1952 (*bénéfice de subrogation ; avaliseur ; non*).
- * — 1954, p. 845 sur Trib. com. Seine 23 juin 1954 (*renonciation au bénéfice de la déchéance cambiatoire*).
- 1955, p. 265 sur Com. 25 janvier 1955 (*compte-courant ; effet de règlement*) ; p. 353 sur Com. 18 janvier 1955 (*prorogation d'échéance*).
- * — 1958, p. 124 sur Com. 5 janvier 1957 (*bénéfice de subrogation ; avaliseur ; oui*) ; p. 126 sur Com. 13 mars 1957 (*renonciation au bénéfice de la déchéance cambiatoire*).
- * — 1961, p. 892 sur Com. 26 mai 1961 (*bénéfice de subrogation ; avaliseur ; fondement octroi*).
- * — 1965, p. 437 sur Com. 2 février 1965 (*l'avaliseur et la déchéance du porteur*).

BECQUE (Jacques) et CABRILLAC (Michel) : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial :

- * — 1967, p. 206 sur Paris, 5 octobre 1966 (*bénéfice de subrogation, renonciation*).
- * — 1967, pp. 1106 et 1107 sur Com. 8 mai 1967 (*bénéfice de subrogation ; absence de faute et de préjudice*).
- * — 1967, pp. 1107 et 1108 (n° 3 - 2^e arrêt) sur Com. 27 juin 1967 (*bénéfice de subrogation ; absence de faute*).

BENABENT (Alain) : Note au J.C.P. 1974, II, 17876 sous Ass. Plén. 22 avril 1974. (*Dation en paiement*).

- * **BERNARD (Maurice)** : Note au Sirey 1905, I, 185 sous Req. 2 août 1904. (*Délai de prescription de l'obligation du donneur d'aval*).

- * **BERTAULD (A.)** : Note au Dalloz Périodique 1868, 2, 97 sous Caen, 10 juin 1868. (*Remise de dette ; inefficacité des réserves ; remise onéreuse*).

BESSON (André) : Note à la Revue générale des assurances terrestres 1941, 468. Sous Ch. Réunies 15 juillet 1941. (*La notion de faute excusable*).

BEUS (P. de) : Observations Revue de la Banque (belge) 1955, p. 741 sur Com. 25 janvier 1955. (*Compte-courant ; effet de règlement*).

BIGOT (Jean) : Note au J.C.P. 1975, II, 18133 sous Civ. 8 octobre 1974. (*Faute inexcusable ; assurance ; clause de non-garantie ; nullité*).
— Note au J.C.P. 1975, II, 18086 sous Civ. 28 octobre 1974. (1 p.). (*Garantie différée ; terme extinctif ; effets ; assurance de responsabilité professionnelle*).

BORÉ (Jacques) : Note au Dalloz 1975, p. 249, sous Ch. Mixte, 26 avril 1974. (*Le contrôle de la Cour de cassation en matière de renonciation tacite à un droit*).

BOURCART (G.) : Note au Sirey 1911, I, 521 sous Civ. 4 janvier 1910. (*Effet relatif à la renonciation au bénéfice de la déchéance cambiaire*).
* — Note au Sirey 1913, I, 265 sous Civ. 25 avril 1910 (*entrée en compte ; extinction du cautionnement*).

BULTÉ (Henri) : *Chronique hypothécaire*. J.C.P. 1971, éd. N, n° 4957 et 4962.

CABRILLAC (Henri) : Note au J.C.P. 1949, II, 5106 sous Com. 10 juin 1949. (*Compte courant ; effet novatoire*).
* — Note au J.C.P. 1955, II, 8547 bis sous Com. 25 janvier 1955. (*Compte courant ; effet de règlement ; extinction du cautionnement*).

CABRILLAC (Michel) : Note au Dalloz 1965, pp. 129 et s. (*Personnalité juridique de la masse*).
— Note au Dalloz 1966, p. 353 sous Com. 20 octobre 1965. (*Dation en paiement ; conditions*).
* — Observations à la Revue trimestrielle droit commercial 1968, p. 473 sur Paris, 11 octobre 1967. (*Renouvellement effet de commerce ; libération avaliseur*).

CABRILLAC (Michel) et RIVES-LANGE (Jean-Louis) : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial :

- * — 1969, pp. 773-774 sur Com. 12 mars 1969 (*bénéfice de subrogation ; renonciation ; erreur de la caution*).
- * — 1970, pp. 168-169 sur Trib. Gr. Inst. Lille 30 septembre 1968 (*bénéfice de subrogation ; renonciation ; interprétation*).
- 1970, pp. 455-456 sur Paris 28 février 1969 (*inopposabilité au tiré de la prorogation d'échéance qu'il n'a pas acceptée*).
- * — 1970, p. 459 sur Civ. 16 décembre 1969 (*décès de la caution*).
- * — 1970, p. 461 sur Civ. 9 février 1970 (*bénéfice de subrogation ; perte de valeur d'un privilège*).
- * — 1971, p. 148 sur Com. 16 mars 1970 (*terme extinctif ; aval par acte séparé ; référence tacite à l'obligation garantie*).

- * — 1971, p. 409 sur Com. 13 octobre 1970 (*compte courant ; solde cautionné ; extinction*).
- * — 1971, p. 1050 sur Com. 26 janvier 1971 (*survie de l'aval d'un engagement nul et bonne foi du porteur*).
- * — 1972, p. 129 sur Com. 8 mars 1971 (*nature du serment déféré à l'avaliseur concernant la dette principale*).
- * — 1972, pp. 432-433 sur Com. 8 mars 1971 (*résiliation unilatérale ; absence ; étendue de l'engagement ; changement d'activité du débiteur*).
- 1972, pp. 662-663 sur Com. 11 janvier 1972 (*inopposabilité au tiré de la prorogation d'échéance qu'il n'a pas acceptée*).
- * — 1972, pp. 967-968 sur Com. 14 février 1972 (*terme - modification ; bénéfice pour caution ; non ; concordat*).
- * — 1972, pp. 969-970 sur Com. 24 avril 1972 (*prorogation d'échéance, et art. 2037 C. civ.*).
- * — 1973, p. 304 sur Com. 28 novembre 1972 (*survie de l'aval d'un engagement nul et bonne foi du porteur*).
- * — 1973, pp. 309 et 310 sur Com. 22 novembre 1972 (*résiliation unilatérale ; compte courant ; paiement ; cautionnement du solde ; transformation de société*).
- * — 1974, p. 128 sur Rouen 21 septembre 1973 (*aval par acte séparé ; terme ; détermination*).
- * — 1974, pp. 135 et 136 sur Com., 18 juin 1973 (*terme extinctif du cautionnement ; détermination tacite*).
- 1974, pp. 136 à 138 sur Com. 13 novembre 1973 (*période de liquidation ; saisie-arrêt, compte courant*).
- 1974, p. 308 sur Com. 12 novembre 1973 (*inopposabilité au tiré de la prorogation d'échéance qu'il n'a pas acceptée*).
- 1974, pp. 563 à 565 sur Ord. Réf. Rouen 21 mai 1974 (*période de liquidation ; saisie-arrêt ; compte courant*).
- * — 1975, p. 140 sur Com. 30 avril 1974 (*nature du serment déféré à l'avaliseur concernant la dette principale*).
- * — 1975, pp. 338 à 340 sur Com. 8 octobre 1974 (*cautionnement du solde ; règlement*).
- * — 1975, pp. 564 et 565 sur Com. 25 novembre 1974 (*novation ; réalité ; non ; maintien de l'aval*).
- * — 1975, pp. 572 à 574 sur Com. 25 novembre 1974 (*paiement ; exigibilité solde compte courant*).
- 1975, pp. 868 et 869 sur Trib. gr. inst. Strasbourg 3 octobre 1973 (*aval du tiré non accepteur*).
- * — 1975, p. 883 sur Com. 24 février 1975 (*paiement ; exigibilité solde compte courant*).
- 1975, pp. 884 et 885 sur Dijon, 17 décembre 1974 (*cautionnement du solde ; règlement*).

Observations au Recueil Dalloz. Informations Rapides, *Jurisprudence en droit bancaire*, sous Lyon, 1ère Ch., 8 juin 1976, D. 1977, I.R., p. 192, Vis Effets de commerce. (*Cautionnement du solde d'un compte courant ; résiliation ; liquidation*).

CAPITANT (Henri) : Note au Dalloz Périodique 1922, I, 153, sous Civ., 12 décembre 1921. (*La renonciation à une prérogative juridique*).

CARBONNIER (Jean) : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil :
— Sur Soc. 15 mars 1945. Rev. 1945, p. 195. (*Correctifs à l'annulation d'un contrat de travail*).
— Sur Civ. 29 mars 1950. Rev. 1950, p. 514. (*Distinction des délais de prescription et des délais prefix*).
— Sur Civ. 4 janvier 1958. Rev. 1958, p. 273. (*Paiement ; effet extinctif*).

* **CARTERON (M.)** : Note à la Revue de jurisprudence commerciale (Journal des agréés) 1969, pp. 234 et 235, sous Paris, 6 décembre 1968 (p. 230). (*Terme ; perte de la qualité ayant justifié le cautionnement*).

CATALA-FRANJOU (Nicole) : Note au J.C.P. 1966, II, 14841, sous Civ. 2 février 1966 (*paiement ; fait juridique*).

CHARTIER (Yves) : Note à la Revue de jurisprudence commerciale (Journal des Agréés) 1974, p. 224, sous Com. 5 mars 1974 (1ère espèce). (*Règlement judiciaire - liquidation des biens ; obligation de production de tous les créanciers, même sans titre*).

CHERON (Albert) : Note au Dalloz Périodique 1923, 2, 137, sous Trib. Com. du Havre, 14 novembre 1921. (*Crédit confirmé ; cautionnement ; exception*).
— Note au Dalloz Périodique, 1936, I, 65 sous Civ. 7 février 1934. (*L'avaliseur et la déchéance du porteur*).

CHEVALLIER (Jean) : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil :
* — 1939, pp. 565 à 567 sur Alexandrie 4 janvier 1938 (*bénéfice de subrogation ; renonciation*).
— 1965, p. 112 sur Civ. 2 mars 1964 (*refus de la nullité en sanction de son responsable*).
* — 1965, p. 344 sur Com. 21 juillet 1964 et Civ. 5 octobre 1964 (*bénéfice de subrogation ; conditions*).
* — 1967, p. 627 sur Com. 14 novembre 1966 (*décès de la caution*).
— 1967, pp. 812 et s. sur Civ. 18 janvier 1967 (*compensation ; but et fondement*).
— Note au Dalloz 1940, I, 57 sous Req. 17 janvier 1938 (*prescription extinctive ; effets ; paiement volontaire*).

- * **CLAIROUIN-TOUCHARD (Denis)** : Note au Dalloz 1971, p. 335 sous Paris, 1er mars 1971 (*défaut d'avis de non-paiement ; étendue de l'engagement*).
- * — Note au Dalloz 1972, pp. 262 à 264 sous Com. 8 mars 1971 (*résiliation unilatérale ; absence ; étendue de l'engagement ; changement d'activité du débiteur*).

- CONTIN (Raphaël) et HOVASSE (Henri)** : Note au Dalloz 1971, pp. 605 à 607 sous Com. 10 février 1971 (*caractère civil ou commercial du cautionnement*).

- CORNU (Gérard)** : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil :
 - 1964, p. 342 sur Com. 30 janvier 1963 (*durée indéterminée d'une société malgré l'existence d'un terme trop éloigné*).
 - 1964, p. 577 (*théorie des contrats d'intérêt commun*).
 - 1969, p. 351 (*interprétation, principes généraux et bonne foi*).
 - 1971, p. 668 (*rôle de la bonne foi dans l'exécution des contrats*).
 - 1972, p. 610 (*rôle de la bonne foi dans l'exécution des contrats*).
 - 1973, p. 147 (*théorie des contrats d'intérêt commun*).
 - 1973, p. 368 (*rôle de l'équité*).
 - 1973, p. 790 sur Colmar 30 janvier 1973 (*rôle de la bonne foi dans l'exécution des contrats*).
 - 1974, p. 166 (*théorie des contrats d'intérêt commun*).
 - 1974, p. 167, n° 4 sur Trib. gr. inst. Albi 13 juillet 1973 (*validité de la renonciation à une nullité d'ordre public de protection*) (obs. critiques).
 - 1976, pp. 127 et 128, n° 1 (*responsabilité du professionnel*).

- * **DAGOT (Michel)** : Note au J.C.P. 1973, II, 17572, sous Civ. 22 mai 1973 (*clause interdisant au créancier de consentir une prorogation de délai sans l'accord de la caution*).
- Note au J.C.P. 1975, II, 17936, sous Civ. 13 mars 1974 (*compromis de vente immobilière ; utilité*).
- * — Note au J.C.P. 1976, II, 18222, sous Dijon 17 mai 1974 (*clause interdisant au créancier de consentir une prorogation de délai sans l'accord de la caution ; prorogation tacite*).

- * **DELAISI (Pierre)** : Note à la Gazette du Palais 1972, 2, pp. 742 et s., sous Com. 3 mai 1972 (*fusion de sociétés ; fusion entre débiteur et caution*).

- DELAPORTE (Vincent)** : Note au Dalloz 1975, pp. 765 à 768 sous Com. 24 avril 1974 (*terme extinctif ; tacite reconduction ; effets*).

DERRIDA (Fernand) : Notes au Dalloz :

- 1974, 53 sous Com. 8 novembre 1973 (*règlement judiciaire, liquidation des biens ; suspension des poursuites individuelles des créanciers privilégiés ou munis de sûretés réelles*).
- 1974, 475 sous Com. 5 mars 1974 (*règlement judiciaire, liquidation des biens ; obligation de production de tous les créanciers, même sans titre*).
- 1974, pp. 613 et s. sous Ass. Plén. 22 avril 1974 (*dation en paiement*).
- 1975, pp. 279 et s. sous Aix-en-Provence 19 juillet 1974 (*inopposabilité du paiement*).

DESFORGES (Denis) : Notes à la Gazette du Palais :

- * — 1971, 2, 419 sous Paris 1er mars 1971 (*défait d'avis légal de non paiement de la lettre de change ; étendue*).
- * — 1972, 1, 32 et 33 sous Rouen 28 janvier 1971 (*société ; transformation ; usages bancaires*).

- * **DESSERTAUX (Marc)** : Observations à la Revue critique de législation et de jurisprudence 1929, p. 149 sur Besançon 6 juillet 1928.

DEVILLENEUVE : Note au Sirey, 1850, 2, 417 sous Trib. civ. Castelsarrasin 22 juin 1850.

- * **DUMAS** : Rapport sur Req. 28 février 1939, S. 1939, 1, p. 161 (*terme suspensif ; moratoire ; bénéfice à la caution ; non*).

DUPUICH (M.) : Note au Dalloz Périodique 1910, 2, 153 sous Bordeaux 13 mars 1906 (*nullités conjointes du cautionnement et de la dette de jeu qu'il garantissait*).

DURRY (Georges) : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil :

- 1972, p. 412 (*obligation de renseignement dans l'exécution des contrats*).
- 1973, p. 352 sur Civ. 9 mars 1972 (*faute ; responsabilité civile ; délictuelle ou contractuelle*).
- 1976, pp. 352 à 354 sur Civ. 2 juillet 1975 et Civ. 22 octobre 1975 (*faute dolosive ; notion*).
- 1976, pp. 361 à 363 sur plusieurs arrêts de 1975 sur la faute intentionnelle.

E.M. : Note au Journal des Agréés (*Revue de jurisprudence commerciale*) 1967, pp. 714 et 715 sous Paris 2 juin 1967 (*ibidem*, p. 709). (*Engagement inconditionnel d'une caution*).

ESMEIN (Paul) : Note au Sirey 1923, 1, 225 (*Compte courant ; effet compensatoire*).

- * **FABRE (Pierre)** : Note à la Revue de jurisprudence commerciale (Journal des Agréés) 1967, pp. 526 à 530 sous Trib. Com. Seine 4 octobre 1966 (*bénéfice de subrogation ; faute du créancier ; négligence*).

F.D. : Note au Dalloz 1975, pp. 693 et 694 sous Aix 20 mars 1975 (*règlement judiciaire du débiteur ; non-production du créancier*).

- * **GAVALDA (Christian)** : Note au J.C.P. 1966, II, 14477 sous Com. 25 mai 1965 (*compte courant ; report de l'aval sur le solde après clôture*).

GAVALDA (Christian) et STOUFFLET (Jean) : Chronique de droit bancaire, J.C.P. 1976, I, 2801 :

- * — N° 66, obs. sur Paris 15 novembre 1974 (*insolvabilité préexistante du débiteur ; libération caution*).
- * — N° 71, obs. sur Com. 8 octobre 1974 (*cautionnement du solde ; règlement*).
- * — N° 69, obs. sur Amiens 17 octobre 1974 (*transformation de la société cautionnée*).
- * — N° 68 et 70, obs. sur Com. 2 et 17 décembre 1974 (*changement de qualité de la caution*).
- N° 74, obs. sur un parère du 30 octobre 1973 (*lettre d'intention et cautionnement*).

GEGOUT : Conclusions sur Ch. MIXTE 26 avril 1974, au J.C.P. 1975, II, 18157 (*renonciation tacite ; contrôle Cour de cassation*).

- * **GLADEL (Jean-François)** : Note à la Revue de jurisprudence commerciale 1971, pp. 59 et 60, sous Trib. Com. Clermont-Ferrand 5 juin 1970, et p. 314 (avec Michèle GLADEL) sous Riom 19 mars 1971 (*transformation de la société caution*).

GORE (François) : Notes au Dalloz :

- 1955, J, pp. 188 et s., sous Com. 18 janvier 1955 (*prorogation d'échéance ; libération des signataires antérieurs*).
- 1957, J, pp. 166 à 169 sous Lyon 14 février 1956 (*caractère civil ou commercial du cautionnement*).

GUENEF (Louis) : Notes au Dalloz Périodique :

- — 1897, 1, 569 sous Req. 4 novembre 1896 (*bénéfice de subrogation ; mécanisme*).
- * — 1905, 1, 9, sous Civ. 2 décembre 1903 (*bénéfice de subrogation ; absence de préjudice*).

- * **GUILBERTEAU (Monique)** : Note à la Revue des Sociétés 1973, pp. 108 à 113, sous Com. 3 mai 1972 (*fusion de sociétés ; fusion entre débiteur et caution*).
- GULPHE** : Conclusions sur Civ.1 20 décembre 1976 publiées au J.C.P. 1977, II, 18611 (*déchéance du terme ; extension à la caution*). (2 p.).
- HAMEL (Jean)** : Note au Dalloz Périodique 1945, p. 73, sous Civ. 7 mars 1944 (*aval par acte séparé ; exigence de la durée*).
- HEBRAUD (Pierre)** : Chronique de jurisprudence à la Revue trimestrielle de droit civil 1958, p. 293. (*Le double effet du temps sur les institutions*).
- HEMARD (Jean)** : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial 1973, pp. 618 et 619 sur Trib. Com. Paris 16 février 1973 (*résiliation et mutus dissensus*).
— Note au Dalloz 1973, p. 320, sous Com. 20 juin 1972 (*dation en paiement ; notion ; qualification*).
- HOLLEAUX (Georges)** : Notes au Dalloz :
- * — 1931, 1, pp. 73 à 76, sous Req. 23 juillet 1929 (*des exceptions que peut invoquer la caution solidaire, et surtout de l'interruption de la prescription*).
- 1961, pp. 89 et 90 (3/4 p.), sous Civ. 22 novembre 1960 (*notion et preuve du mutus dissensus*).
- HONORAT (Adrienne)** : Notes au Dalloz :
- 1972, 149, sous Colmar 3 décembre 1970 (*règlement judiciaire ; suspension des poursuites individuelles...*).
- 1974, 53, sous Com. 8 novembre 1973 (*règlement judiciaire ; liquidation des biens ; suspension des poursuites individuelles des créanciers privilégiés ou munis de sûretés réelles*).
- 1974, 475, sous Com. 5 mars 1974 (*règlement judiciaire ; liquidation des biens ; obligation de production de tous les créanciers, même sans titre*).
- HOUIN (Roger)** : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial :
- * — 1949, p. 504 sur Trib. com. Seine 17 juin 1949 (*l'avaliseur et la déchéance du porteur*).
- 1955, p. 154 sur Com. 25 janvier 1955 (*entrée en compte*) ;
- * p. 897 sur Com. 13 juillet 1955 (*remise concordataire ; refus pour la caution solidaire*).
- * — 1959, p. 943 sur Com. 14 avril 1959 (*compte courant ; report de l'aval sur le solde*).
- * — 1970, p. 160 sur Com. 8 juillet 1969 (*transformation de la société débitrice*).

- * — 1971, pp. 476 et 477, sur Paris 14 décembre 1968 (*paiement par caution*).
- 1972, p. 422 sur Civ. 16 novembre 1971 (*fusion des sociétés ; novation*) ;
- * pp. 931 et 932 sous Com. 3 mai 1972 (*fusion des sociétés ; fusion entre débiteur et caution*).
- * — 1973, p. 294 sur Com. 8 novembre 1972 (*transformation de la société débitrice*) ;
- * p. 294 sur Trib. com. Paris 10 mars 1972 (*transformation de la société débitrice*) ;
- * p. 829 sur Com. 9 avril 1973 (*transformation de la société débitrice*) ;
- * pp. 875 et 876 sur Colmar 28 novembre 1972 (*paiement ; exigibilité du solde du compte courant*) ;
- p. 891 sur Com. 8 novembre 1973 (*R.J., L.B. ; suspension poursuites individuelles ; créanciers privilégiés ou munis de sûretés réelles*).
- Note au J.C.P. 1943, II, 2157, sous Com., 13 juillet 1942 (*compte courant ; effet compensatoire*).

HOUIN (Roger) et LE GALL (Erwan) : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial 1975, pp. 366 et 367, n° 23, sur Com. 5 mars 1974 (*règlement judiciaire ; liquidation des biens ; obligation de production de tous les créanciers, même sans titre*).

- * **IVAINER (Théodore)** : Note au Dalloz 1973, pp. 316 à 319, sous Civ. 6 octobre 1971 (*bénéfice de subrogation et prorogation tacite du terme*).

JACOB (Nicolas) : Observations au Recueil général de lois et de jurisprudence (Répertoire Comaille), 1976, pp. 343 et 344, sous Dijon 17 mai 1974. (*Prorogation tacite du terme suspensif ; clause l'interdisant au créancier sans le consentement de la caution*).

- * **JACQUEMONT (André)** : Note au J.C.P. 1979, II, 19095 sous Civ. 8 février 1977 (*déchéance du terme ; étendue du cautionnement à la clause pénale*).

JOSSERAND (Louis) : Notes au Dalloz :

- 1925, I, 145, sous Civ. 14 novembre 1922 (*paiement ; fraude ; refus action paulienne*).
- 1933, I, 49, sous Civ. 3 août 1932 (*faute lourde ; transport de marchandises ; non-assimilation au dol*).

JUGLART (Michel de) : Note au J.C.P. 1960, II, 11550 bis sous Ch. Réunies 11 mars 1960 (*faute lourde ; transport de marchandises ; non assimilation au dol*).

- * **J.V.** : Note au Journal des notaires et des avocats 1974, pp. 359 à 361, sous Grenoble 18 juin 1972 (*clause interdisant au créancier d'accorder une prorogation d'échéance sans l'accord de la caution*).
- * **LABBE (J.E.)** : Note au Sirey 1887, I, 5, sous Civ. 2 février 1886 (2 arrêts) (*droit pour la caution d'opposer la prescription de l'obligation principale ; bénéfice de subrogation*).
- LAGARDE (Gaston)** : Observations in : *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale* (Sirey. Bibl. dr. commercial, t. 2), sous :
— Civ. 7 mars 1944, n° 88, pp. 309 à 312 (*aval par acte séparé ; exigence de la durée*).
- * — Com. 10 janvier 1951, n° 89, pp. 312 à 315 (*prescription de l'aval, interruption ; effets*).
- LALOU (H.)** : Note au Dalloz Critique, 1945, sous Montpellier 5 juin 1944 (*engagement perpétuel ; prohibition ; résiliation unilatérale*).
- LAMBERT (Jean)** : Note au Dalloz 1970, pp. 145 à 147, sous Com. 8 octobre 1969 (*le critère de l'intérêt commun dans le contrat de mandat et plus généralement dans les contrats*).
- LARGUIER (Jean)** : Note au J.C.P. 1948, II, 4464, sous Rouen 24 avril 1948 (*compte courant ; effet compensatoire*).
- LARROUMET (Christian)** : Note au Dalloz 1975, p. 305, sous Civ. 8 mai 1974 (*cause des obligations ; permanence*).
- LESCOT (Pierre)** : Note au J.C.P. :
* — 1953, II, 7588, sous Req. 28 octobre 1952 (*bénéfice de subrogation et avaliseur*).
— 1955, II, 8602, sous Com. 18 janvier 1955 (*prorogation d'échéance, libération des signataires antérieurs*).
* — 1965, II, 14207, sous Com. 2 février 1965 (*l'avaliseur et la déchéance du porteur*).
* — 1967, II, 15301, sous Paris 5 octobre 1966 (*bénéfice de subrogation ; renonciation, et avaliseur*).
- LEVEL (P.)** : Note à la Semaine Juridique 1967, II, 15085, sous Paris 22 décembre 1966 (*le critère de l'intérêt commun dans l'agence commerciale*).
- LOUSSOUARN (Yvon)** : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil :
— 1970, p. 169 sur Civ. 27 octobre 1969 (*transaction ; représentation entre codébiteurs solidaires ; non*).

— 1970, p. 768 sur Civ. 27 novembre 1969 (*terme ; nécessité de la certitude de sa réalisation*).

- * — Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial :
- * — 1973, pp. 417 et 418 sur Civ. 15 février 1972 (*paiement, monnaie ; loi régissant l'extinction du cautionnement ; loi du contrat principal ; obligations spéciales de la caution*).
- * **LYON-CAEN (Charles)** : Note au Sirey 1906, 1, 433 et 434, sous Req. 21 mai 1906 (*caractère civil ou commercial du cautionnement*).
- * — Note au Sirey 1906, 1, 481, sous Req. 6 février 1906 (*prorogation d'échéance et art. 2037 ; Concordat*).

MALAUURIE (Philippe) : Notes au Dalloz :

- 1958, pp. 221 et s. sous Soc. 8 avril 1957 (*correctifs à l'annulation d'un contrat de travail*).
- * — 1973, pp. 753 et s. et au Répertoire du Notariat Defrénois 1974, art. 30490, pp. 39 à 47, sous Com. 8 novembre 1972 et 9 avril 1973 (*considération de la personne ; transformation de la société cautionnée*).
- 1973, pp. 733 et s. et au Répertoire Defrénois 1974, art. 30491, pp. 47 à 55 sous Civ., 1er mars 1972 et 27 juin 1973 (*vices du consentement de la caution*).
- Observations au Répertoire du Notariat Defrénois 1974, n° 30808, sur Trib. gr. inst. Albi 13 juillet 1973. (*Validité de la renonciation à une nullité d'ordre public de protection. — Obs. très critiques —*).

MARIGNAN : Rapport sur Req. 21 mai 1906, D. 1907, 1, pp. 91 à 93 (*caractère civil ou commercial du cautionnement*).

MARIN (Xavier) : Observations à la Revue Banque :

- * — 1950, p. 638 sur Com. 10 juin 1949 (*entrées en compte ; extinction du cautionnement*) ;
- * — p. 639 sur Douai 26 février 1948 (*cautionnement en faveur d'une société annulée et qualifiée de société de fait*).
- * — 1952, p. 713 sur Trib. com. Seine 25 juillet 1950 et Paris 12 juillet 1950 (*bénéfice de subrogation ; certificateur ; renonciation*).
- * — 1954, p. 735 sur Besançon 29 janvier 1954 (*bénéfice de subrogation ; certificateur*).
- 1955, p. 243 sur Com. 18 janvier 1955 (*prorogation d'échéance, libération des signataires antérieurs*) ;
- p. 706 sur Com. 25 janvier 1955 (*compte courant ; effet de règlement*).
- * — 1956, p. 712 sur Trib. com. Marseille 19 décembre 1955 (*prorogation d'échéance et art. 2037 C. civ.*).
- 1958, p. 706 sur Com. 25 janvier 1955 (*entrée en compte*).

- * — 1959, p. 668 sur Com. 14 avril 1959 (*compte courant ; report de l'aval sur le solde après faillite*).
- * — 1963, p. 201 sur Aix 15 juin 1961 (*report de l'aval sur le solde du compte courant*).
- * — 1965, p. 345 sur Com. 2 février 1965 (*l'avaliseur et la déchéance du porteur*) ;
- * p. 578 sur Com. 25 mai 1965 (*compte courant ; report de l'aval sur le solde de clôture*).
- * — 1967, p. 115 sur Com. 14 novembre 1966 (*décès de la caution*).
- * — 1968, p. 473 sur Paris 11 octobre 1967 (*renouvellement d'effet de commerce et libération de l'avaliseur*) ;
- * p. 807 sur Grenoble 5 mars 1968 (*décès de la caution*).
- * — 1969, p. 1027 sur Trib. com. Lyon 27 octobre 1969 (*décès de la caution*).
- * — 1970, p. 296 sur Com. 8 juillet 1969 (*considération de la personne ; transformation de la société cautionnée*) ;
- * p. 400 sur Civ. 16 décembre 1969 (*décès de la caution*) ;
- * p. 923 sur Civ. 16 février 1970 (*prorogation tacite d'échéance et bénéfice de subrogation*).
- * — 1971, p. 204 sur Paris 26 novembre 1970 (*dol ; engagement inconsidéré de la caution*) ;
- * p. 732 sur Com. 1er mars 1971 (*information de la caution ; faute du créancier ; bénéfice de subrogation*).

MARTIN (Didier) : Notes à la Gazette du Palais :

- * — 1973, 1, pp. 144 à 146, sous Com. 4 octobre 1972, 8 novembre 1972 et 13 novembre 1972 (*résiliation unilatérale ; compte courant ; paiement ; bénéfice de subrogation ; production ; transformation société cautionnée*).
- * — 1973, 1, pp. 213 à 215 sous Com. 22 novembre 1972 (*cautionnement du solde ; règlement*).

MARTIN (Jean-François) : Note à la Revue de jurisprudence commerciale (Journal des Agréés) 1967, pp. 508 à 610 sous Com. 24 novembre 1966 (*caractère civil ou commercial du cautionnement*).

MARTIN (Lucien M.) : Observations à la Revue Banque :

- * — 1972, p. 299 sur Rouen 5 février 1971 ; Paris 7 juillet 1971 et 21 janvier 1972 (*changement d'activité du débiteur*).
- * p. 622 sur Com. 8 mars 1971 (*changement d'activité du débiteur*).
- * pp. 1043-1044 sur Paris 5 juillet 1972 (*bénéfice de subrogation ; conditions*).
- * — 1973, p. 503 sur Lyon 21 janvier 1971 (*transformation de la société cautionnée*).

- * — 1973, pp. 504 à 506 sur Com. 22 novembre 1972 (*résiliation unilatérale ; compte courant ; paiement ; cautionnement du solde*).
pp. 828 à 831 sur Trib. gr. inst. Lyon 13 février 1973 (*abus de sûretés*).
- * — 1974, pp. 428 et 429 sous Com. 16 juillet 1973 (*terme extinctif ; détermination expresse ; effets*).
- * — 1975, pp. 328-329 sur Com. 7 mai 1975 (*faute du créancier*).
- * p. 1101 sur Paris 15 novembre 1974 (*insolvabilité préexistante du débiteur ; libération caution ; faute du créancier dans l'octroi des crédits*).
- * — 1976, pp. 677 à 679 sous Civ. 7 octobre 1975 (*terme extinctif ; signification ; effets*).
- * pp. 1156 à 1158 sur Com. 24 mai 1976 (*rejet du pourvoi contre Paris 15 novembre 1974 - supra*).
— 1977, pp. 344 à 346 sur Com. 11 juin 1976 (*caractère civil ou commercial du cautionnement ; critère*).
- * **MARTY (Gabriel)** : Observation à la Revue trimestrielle de droit civil 1939, pp. 783 et 784, sur Req. 28 février 1939. (*La caution solidaire bénéficie-t-elle du moratoire accordé au débiteur principal ?*).
- * **MASSIN (Ernest)** : Note à la Revue de jurisprudence commerciale (Journal des Agréés) 1968, pp. 192-194, sous Trib. Com. Seine 8 janvier 1968. (*Règlement judiciaire et liquidation des biens du débiteur principal ; production de la caution*).
- MAZEAUD (Jean)** : Note au Dalloz 1969, p. 601, sous Civ. 4 février 1969 (*la faute dolosive en matière contractuelle*).
- MAZEAUD (Henri et Jean)** : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil 1946, p. 36, sur Civ. 17 juillet 1945 (*paiement ; fraude ; action paulienne*).
- MEURISSE (M.)** : Note au Sirey 1957, p. 289 sous Com. 25 janvier 1955 (*compte courant ; effet de règlement*).
- MIHURA (J.)** : Note au J.C.P. 1941, II, 1705 sous Ch. Réunies 15 juillet 1941 (*la notion de faute inexcusable*).
- * **MONGUILAN (E.)** : Rapport sur Com. 25 mai 1965. Dalloz 1965, p. 529 (*compte courant ; report de l'aval sur le solde après clôture*).
- NEEL (Philippe)** : Note au Dalloz 1957, p. 237, sous Com. 25 janvier 1955 et 19 décembre 1956 (*compte courant ; effet de règlement ; report des sûretés sur le solde*).

- * **NICOLAS-JACOB** : Observation au Recueil général des lois et de la jurisprudence (Rép. Comaille) 1976, p. 28 sur Civ. 27 mars 1974 (*bénéfice de subrogation ; absence de faute*).
- * **PATARIN (Jean)** : Note au J.C.P. 1975, II, 18081 sous Civ. 29 janvier 1975 (2 p.). (*Prorogation du terme ; clause en organisant les conditions*).
- PERCEROU (J.)** : Observation à la Revue Banque 1955, p. 424 sur Com. 25 janvier 1955 (*compte courant ; effet de règlement*).
- PIC (Paul)** : Note au Dalloz. Critique 1944, p. 34 sous Lyon 13 janvier 1943 (*critique de la qualification de société à durée indéterminée malgré la présence d'un terme par référence à son objet*).
- PICARD (J.)** : Note au J.C.P. 1973, II, 17579 (1 p. 1/2) sous Trib. gr. inst. Albi 13 juillet 1973 (*validité de la renonciation à une nullité d'ordre public économique*).
— Observations au J.C.P. 1975, II, 18034 (1/4 p.) sous Toulouse 5 mars 1975 (même thème).
- PLANIOL (Marcel)** : Note au Dalloz Périodique 1898, I, p. 457 sous Civ. 4 mai 1898 (*la durée dans l'exécution des contrats*).
- * — Note au Dalloz Périodique 1890, I, pp. 5 et 6 sous Req. 3 juillet 1890 (*déchéance du terme suspensif ; sort du cautionnement*).
- * **PLANQUEEL (André)** : Note à la Gazette du Palais, 1975, 2, pp. 627 et 628 (1/4 de p.) sous Paris, 28 novembre 1974 (p. 626) (*terme extinctif ; détermination expresse ; effets*).
- PONT (Paul)** : Note au Sirey 1861, I, 113 sous Civ. 1er juin 1859 (*durée indéterminée d'une société malgré la référence à son objet*).
- PRIEUR (R.)** : Note au J.C.P. 1969, II, 15884 sous Com. 28 octobre 1968 (*caractère civil ou commercial du cautionnement ; résiliation unilatérale*).
- * **PUECH (Marc)** : Note au Dalloz 1972, J., p. 680 (pp. 681 à 684) sous Trib. gr. inst. Strasbourg 11 février 1972 (*paiement partiel ; imputation ; déchéance du terme*).
- * **RIVES-LANGE (Jean-Louis)** : Note au J.C.P. 1966, I, 14829, sous Douai 10 décembre 1965 (*compte courant ; distinction du différé et du disponible ; report de l'aval sur le solde*).

ROBLOT (René) : Notes au J.C.P. :

- * — 1949, II, 4946 sous Trib. Com. Seine 6 janvier 1949 (*délai de prescription de l'obligation de l'avaliseur*).
- * — 1950, II, 5174 sous Trib. Com. Seine 17 juin 1949 (*l'avaliseur et la déchéance du porteur*).
- * — 1955, II, 8469 sous Montpellier 1er février 1954 (*non-application de l'article 2037 C. civ. à l'aval*).
- * — Note au Dalloz 1974, J, pp. 246 à 248, sous Rouen 21 septembre 1973 (*aval par acte séparé ; terme ; détermination*).

RODIERE (René) : Note au Sirey 1951, 2, 45 sous Lyon 6 juillet 1950 (*distinction des délais préfix et de prescription*).

- Note au Dalloz 1960, 277 sous Ch. Réunies 11 mars 1960 (*faute lourde ; transport de marchandises ; non assimilation au dol*).
- * — Note au Dalloz 1963, 581 sous Com. 26 juin 1963, pp. 582 à 585 (*remise concordataire ; remise de dettes*).
- Note au J.C.P. 1974, II, 17618 sous Trib. gr. inst. Paris 19 décembre 1972 (*responsabilité délictuelle ou contractuelle ; transport de personnes*).

ROLLAND (André) : Note au Dalloz 1975, pp. 452 à 458 sous Amiens 13 décembre 1973 (*citée pour : les critères de l'intérêt commun dans les contrats. I.A. a) de la note p. 456, 2e col.*).

ROUAST (André) : Note au Dalloz Critique 1941, J, 117 sous Chambres Réunies 15 juillet 1941 (*la notion de faute inexcusable*).

- * **ROUBIER (Paul)** : Note au Sirey 1939, I, 161, sous Req. 28 février 1939 (*terme suspensif ; moratoire ; bénéfice à la caution ; non*).

ROUJOU de BOUBEE (Marie-Eve) : Note au Dalloz 1973, p. 640, sous Rennes 21 novembre 1972 (*responsabilité contractuelle ou délictuelle*).

- * **SAINT-CENE (Marc)** : Note au Journal des Agréés (Rev. jurisp. com.) 1973, pp. 103 à 112 sous Trib. Com. Paris 10 mars 1972 (*société ; transformation ; résiliation unilatérale*).

SAVATIER (René) : Observations à la Revue trimestrielle de droit civil 1940-1941, p. 102 sur Civ. 14 mars 1939 (*novation ; nécessité d'une nouvelle obligation*).

- Note au J.C.P. 1960, II, 11681 sous Civ. 31 mai 1960 (*durée déterminée d'un contrat accessoire à un contrat à durée indéterminée*).
- * — Note au Dalloz 1962, pp. 770 à 772 sous Trib. Com. Seine 19 juin 1962 (*bénéfice de subrogation ; fondement et conditions ; cautionnement par dirigeant de «sa» société ; résiliation unilatérale*).

- * **SCHLOGEL (Maurice)** : Observations à la Revue trimestrielle de droit commercial 1953, pp. 155 et 156 sous Paris 12 juillet 1952 (*bénéfice de subrogation ; certificateur ; renonciation*).
- * **SEFERT (M.C.)** : Observations au Journal des Agréés (*Revue de jurisprudence commerciale*) 1966, pp. 37 et 38 sous Trib. Com. Lyon 23 novembre 1965 (*force majeure*).
- SIMLER (Philippe)** : Notes au J.C.P. :
 - * — 1975, II, 18070 (2 p. 1/2) sous Civ. 27 mars 1974 (*bénéfice de subrogation : Conditions d'ouverture*).
 - * — 1975, II, 18145 (3 p.) sous Com. 18 juin 1973 (*durée déterminée ou non du cautionnement et résiliation unilatérale ; imputation des paiements*).
 - * — 1975, II, 18182 (5 p.) sous Civ.3 12 novembre 1974 et Pau 31 octobre 1974 (*prorogation tacite du terme et bénéfice de subrogation*).
 - * — 1976, II, 18263 (1 p.) sous Paris 28 novembre 1974 (*terme extinctif ; détermination expresse ; effets*).
 - * — 1976, II, 18312 sous Com. 4 décembre 1973 (*paiement ; imputation*).
 - * — 1978, II, 18891 (2 p.) sous Com. 3 novembre 1975 (*bénéfice de subrogation : faute, préjudice*).
 - * — 1978, II, 18908 (1 p.) sous Paris 8 novembre 1975 (*prorogation de terme ; bail cautionné, art. 1740 C. civ.*).
 - * — 1979, II, 19154 (3 p.) sous Com. 16 février 1977 (*perte par la caution de sa position ; évènement supplétif du terme*).
- * **SPITERI (Pierre)** : Note au J.C.P. 1972, II, 17035 (et J.C.P. éd. C.I. 1972, n° 10565) sous Civ. 16 novembre 1971 (*fusion de sociétés ; novation du cautionnement*).
- STEINMETZ (Franck)** : Note au Dalloz 1975, pp. 549 à 553 sous Civ. 21 novembre 1973 (*caractère gratuit ou onéreux du cautionnement ; nature du contrat entre caution et débiteur principal*).
- TANCELIN (Maurice A.)** : Note in : Jurisprudence sur les obligations (Laval - Québec - Canada, 1973. Presses de l'Université de Laval) sous Banque Canadienne Nationale v. Soucisse (1970). C.S. 116 - décision n° 185, pp. 508 à 510.
- TOUBIANA (Annie)** : Note au J.C.P. 1975, II, 18006 sous Com. 8 novembre 1973 (*production et suspension des poursuites des créanciers privilégiés en cas de règlement judiciaire du débiteur*).

VASSEUR (Michel) : Observations au Recueil général des lois et de la jurisprudence (Répertoire Comaille) :

— 1957, p. 30 sur Paris 27 avril 1956 et p. 310 sur Lyon 14 février 1956 (*caractère civil ou commercial du cautionnement*).

— 1974, p. 608, n° 821 sur Com. 5 mars 1974 (*règlement judiciaire - liquidation des biens ; obligations de production de tous les créanciers, même sans titre*).

VIATTE (Jean) : Note au Journal des notaires et avocats 1970, p. 1434 sous Civ. 27 octobre 1969 (*transaction ; solidarité ; représentation*).

* **VIGNERON (Bernard)** : Note au Dalloz 1974, J, p. 385 sous Dijon 22 mars 1974 (*imputation des paiements ; bénéfice de subrogation ; étendue du cautionnement*).

VOIRIN (Pierre) : Notes au Dalloz :

— 1928, 2, pp. 197 à 199 sous Lyon 16 mai 1928 (*l'intuitus personae dans les contrats et spécialement dans le bail*).

— 1930, 1, 13 à 15 sous Civ. 20 mars 1929 (*le temps envisagé comme élément du contrat de bail*).

* — 1933, 2, pp. 1 à 4 (Dalloz Critique) sous Nancy 1er mars 1932 (*caractères du cautionnement ; caution réelle ; remise de dette ; réserves*).

— 1934, 2, pp. 33 à 36 sous Nancy 17 février 1934 (*délais de prescription ; délais prefix ; fin de non recevoir et forclusion*).

— 1939, 1, pp. 5 à 8 sous Req. 29 mars 1938 (*silence ; offre dans l'intérêt exclusif du destinataire ; remise de dette*).

* — Note au Recueil Penant 1946, pp. 48 à 51, art. 6044 sous Civ. 13 juin 1939 (*bénéfice de subrogation ; information de la caution ; prorogation de terme*).

WAHL (Albert) : Notes au Sirey :

* — 1903, 1, 137 sous Req. 18 mars 1901 (*bénéfice de subrogation ; conditions*).

* — 1904, 1, 145 sous Req., 25 juin 1902 (*bénéfice de subrogation ; fondement*).

* — 1911, 1, 529 (id.).

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

- A -**Abus de droit :**

- créancier : 372 s.
- information : 375 s.

Accessoire :

- règle de l'- : 201.
- caractère : 201, 439, 454.

Acte :

- juridique : 12.
- unilatéral : 345.

Action paulienne :

- contre la dation en paiement : 84.
- contre le paiement : 57.

Affectation : 46.**Ami : 1, 269, 338 s.****Angleterre :**

- V. Droit anglais.

Annulation du cautionnement : 281

- V. Résiliation.

Apurement collectif du passif :

- remises : 147 s.
- effet : 148 s.
- nature : 153 s.

Art. 2012 al. 2 :

- V. art. 2036.
- abrogation : 529.
- caducité : 204.
- survie cautionnement : 212, 218 s.

Art. 2017 : 312, 347 s., 531 :

- V. Décès ; Héritiers.

Art. 2036 :

- abrogation al. 2 : 530.
- caducité : 202 s.
- invocation : 103, 108, 134, 202 s.
- modification al. 1 : 532.

Art. 2037 :

- V. Bénéfice de subrogation.

Art. 2038 : 85 s.

- V. Dation en paiement.
- conditions : 94 s.
- domaine : 88 s.
- fondement : 86 s.
- renonciation : 97 s.

Art. 2039 : 237 s. :

- V. Prorogation de terme.

Association : 312.**Assurance :**

- déchéance : 444.
- intérêt d'- : 259.
- technique : 2, 525.

Aval :

- par acte séparé.
- dettes futures : 324.
- renouvellement des effets : 241.
- terme extinctif : 265.
- bénéfice de subrogation : 395.
- cession : 335.
- compensation : 104.
- confusion : 309.
- considération de la personne : 363.
- conversion effet de commerce : 207.
- débiteur non tenu cambiairement : 217.
- déchéance : 378.
- dettes futures : 324.
- entrée en compte : 54.
- incapacité du débiteur : 217.
- nullité effet de commerce : 214 s.
- novation par changement de créancier : 303.
- obligation principale nulle : 214 s.
- prescription : 168, 537.
- serment : 173.
- prorogation de terme : 240, 241.
- remise concordataire : 148.
- remise de dette : 139, 141.
- report sur le solde : 57 et 58, 61.
- terme extinctif : 265.
- transaction : 135.
- utilisation : 4.

Aveu : 197.**- B -****Banques : 5, 270, 340, 499.****Bénéfice légal :**

- art. 2038 : 87.
- notion : 97.
- d'ordre public : 98.
- renonciation à - : 97 s., 105.

Bénéfice de subrogation :

- absence de faute : 405.
- action : 488.
- aval : 395 et s.
- bénéficiaires : 390 s., 457, 489.
- cause extérieure : 404.
- codébiteur solidaire : 390.
- caution fiscale : 394.
- caution réelle : 392.
- caution solidaire : 391, 497.
- certificateur : 393, 397.
- concours de fautes : 406
- décharge : 417, 436.
- donneur d'aval : 395 s.
- droit de gage général : 245, 411 et 412.
- droit préférentiel : 408 s., 458.
- - critère : 411.
- - date : 413 s.
- - notion : 410 s.
- - perte : 409.
- - sûreté : 412.
- exception : 488.
- exonération du créancier 403 s.
- faute.
- - concours : 406.
- - du créancier : 398 et s.
- fondement : 418 s.
- - bénéfice de discussion : 420 s.
- - bonne foi : 445 s.
- - cause : 428 s.
- - condition : 434.
- - déchéance : 443 s.
- - intérêt commun : 451 s.
- - responsabilité civile : 422 s.
- impératif : 466.
- invocation : 388.
- historique : 385.
- mise en œuvre : 487 s.
- - amiable : 490.
- - débiteur : 489.
- - judiciaire : 490.
- - moment : 491.
- modification texte : 533.
- ordre public : 466.
- préjudice : 414 s., 459.
- - preuve : 492 s.
- - - par caution : 493.
- - - par créancier : 494.
- prorogation de terme : 244 s., 402.
- renonciation : 460 s.
- - ampleur : 470.
- - anticipée : 465.
- - caution intégrée : 485.
- - caution profane : 484.
- - caution professionnelle : 485.

- - erreur : 471 s.
- - faute dolosive : 477.
- - faute inexcusable : 479.
- - faute intentionnelle : 478.
- - faute lourde : 480.
- - interprétation : 473.
- - limites : 471 s. 484 et 485.
- - moment : 462 s.
- - validité : 462, 471 s.
- suppression : 460.
- terme suspensif (art. 2039) : 244 s.
- - conditions : 244.
- - droit préférentiel : 244 s.
- - - extension : 245.
- - - utilisation : 244.
- - faute : 244, 402.
- - préjudice : 244.
- terminologie : 386.
- utilisation : 388.

Bonne foi : 369, 438, 445 s. 475, 504.

- C -**Caducité : 176 s.**

- causes : 179, 180, 184 à 187, 194, 222, 223, 225.
- et condition suspensive : 182.
- par disparition rétroactive de l'engagement principal : 194 s.
- effets : 183, 193.
- étendue : 225.
- et force majeure : 192 s.
- par impossibilité d'exécution : 177 s.
- et nullité : 181.
- obstacles : 195 s.
- pouvoir de l'invoquer : 202 s.
- régime : 181 s., 188 s., 213.

Caisse des dépôts et consignations : 6.**Cause : théorie de la -**

- moyen d'annulation : 342, 500.

Cause du cautionnement : 267.

- absence : 267.
- acte abstrait : 267.
- et bénéfice de subrogation : 428 s.
- disparition : 342.
- motifs : 268 s., 342.
- persistance : 342, 435.
- utilisation : 270.

Causes d'extinction :

- endogènes : 11.
- exogènes : 298.
- objectives : 10.
- subjectives : 298.

Caution (en général) :

- agréée : 5.
- changement de - : 302.
- compétence : 245, 520.
- confusion : 308.
- considération de la - : 299 s., 336 s.
- décès : 312, 347 s.
- erreur : 471.
- extranéité : 245, 292, 485, 519, 521.
- information de la - : 371 s.
- intégration : 245, 293, 485, 519, 521.
- intérêt : 245, 451 s., 502, 518.
- moyen de pression : 269, 338 s.
- otage : 1.
- pluralité : V. Cofidejusseur.
- position : 269, 337 s.
- qualités (perte) : 267 s.
- renonciation : V. ce mot.
- réunion avec débiteur : 321 s.

Caution intégrée : 245, 293, 485, 519
521.

Caution profane : 4, 174, 298, 484,
513 s.

- diversité : 513 s., 521.
- information : 376.
- terme suspensif : 245.

Caution professionnelle : 2, 5, 174,
298, 324, 358, 513 s.

- avenir : 524.
- déchéance : 499.
- information : 376.
- régime spécial : 498.
- renonciation : 484 et 485.
- terme suspensif : 245.

Cautionnement :

- acte unilatéral : 345.
- avenir : 522.
- civil et commercial : 245, 364, 517.
- comptabilité : 257.
- croisés : 1, 4, 268.
- dettes futures : V. ce mot.
- entrée en compte : 52 s.
- essor : 3, 523.
- exécution successive : 507 s.
- général : 1, 324.
- légal : 6.
- moyen de pression : 269, 338 s.
- omnibus : 1.
- réciprocité : 1.
- rédaction : 246, 271, 272.
- rigueur : 1.
- solde d'un compte : 73 s.
- - extinction : 77 s.
- synallagmatique : 113, 366.

Cautionnement bancaire :

- V. Caution professionnelle ; Cautionnement fiscal.
- bénéfice de subrogation : 394.
- déchéance conventionnelle : 499.

Cautionnement fiscal :

- bénéfice de subrogation : 394.
- code : 274.
- déchéances : 499.
- réglementation : 274.
- résiliation : 279, 286.
- statut : 384.

Cautionnement réel :

- bénéfice de subrogation : 392.
- novation : 127.
- renouvellement des effets : 241.

Cautionnement solidaire :

- bénéfice de subrogation : 391.
- caducité : 204.
- compensation : 104.
- confusion : 309.
- dation en paiement : 93.
- insolvabilité : 190.
- nullité de l'obligation principale : 204.
- remise concordataire : 148.
- résolution du contrat principal : 204.
- suspension provisoire des poursuites : 149.

Certificateur :

- bénéfice de subrogation : 393, 397.
- confusion : 308, 309.

Cession de contrat :

- du cautionnement : 316.
- du contrat principal : 315.

Cession de créance :

- à la caution : 306, 314.
- confusion : 306, 314.
- effet : 313, 334.
- moyens : 314.
- origine : 313.

Cession du cautionnement :

- accessoire : 313, 314, 334.
- principale : 316.

Cession de dette : 315.**Chambre de commerce :** 6**Chèque volé :** 263.**Chose jugée :** 198.**Clause pour prorogation de terme :**
246 s.

- bénéfice de subrogation : 402.
- consentement exigé : 251 bis.

- contenu : 247.
- finalité : 248.
- interprétation : 249 s.

Codébiteur solidaire : 390, 457.

Cofidéjusseur :

- confusion : 308.
- exécution : 25.
- insolvabilité : 190.
- résiliation : 293.
- subrogation : 25.

Compensation : 50, 100 s.

- du cautionnement : 111 s.
- déclenchement :
 - par la caution simple : 103, 536.
 - par la caution solidaire : 104, 536.
- mécanisme : 102 s.
- nature : 102.
- notion : 100.
- de l'obligation principale : 101 s.
- renonciation : 105 s., 536.

Comptabilité : 257.

Compte : 42 s.

- V. Compte courant.

Compte courant :

- clôture : 59 s.
- compensation : 50.
- différé : 43, 47, 59.
- disponible : 43, 59.
- disponibilité : 20.
- entrée en — : 45 s.
- exécution : 20.
- exigibilité : 20.
- fusion : 48 s.
- liquidation : 59.
- mécanisme : 43, 74.
- notion : 42.
- novation : 49.
- solde (cautionnement du -) : 55, 60, 73 s.
- évolution : 75, 77 s.
- extinction : 77 et 78.

Compte de dépôt : 44.

- V. compte courant.

Concordat : 212, 213 :

- V. Remise concordataire ; Apurement collectif du passif ; Faillite.

Concours : 467, 468.

Condition :

- résolutoire (et bénéfice de subrogation) : 434.
- (et caducité) : 199.
- suspensive (et caducité) : 182.
- (et terme) : 253.

Conditions générales : 274.

Confiance : 369 note 6.

Conformation : 208, 210 et 211.

Confusion : 306 s.

- causes : 306.
- créancier-caution : 308.
- créancier-débiteur : 309.
- disparition : 307.
- effet : 307.

Conjoint : V. Epoux.

Considération de la personne : 299 s.

- V. Débiteur ; Créancier ; Caution.
- décès : 311.
- domaine : 335.
- dynamique : 332.
- importance : 325, 336.
- intuitus personae : 325, 336.
- obligation de couverture : 324 s.
- obligation de règlement : 300 s.
- sélective : 334.
- statique : 333.

Consolidation : 208 s.

Construction : 5, 305, 241 en note.

Contrat international : 5, 21.

Conversion : 206.

Coobligés (théorie des -) : 61, 71.

Covenants : 326 :

- V. Sûretés négatives.

Créancier :

- aggravation créance : 370.
- bonne foi : 369, 446 s.
- changement de - : 301, 303.
- confusion : 308 s.
- considération du - : 333 s.
- coopération : 369.
- déchéance : 337 s. V. ce mot.
- faute : 365 s., 398 s., 511.
- fraude : 369.
- inaction : 174, 367 s., 400 s.
- prescription : 170 s.
- prorogation de terme : 240.
- qualification : 250.
- information : 371 s.
- inexécution : 367 s.
- intérêt : 451 s.
- loyauté : 369, 370, 446 s.
- obligations : 367 s.
- professionnel : 338, 340, 355, 376, 483.
- responsabilité : 113 et 114, 366 s., 491.
- prorogation de terme : 245, 402.
- satisfaction : 13 s., 511.

Crédit agricole : 5, 368, 371, 377, 499.

Crédit Foncier de France : 6.

- D -

Dation en paiement : 80 s.

- art. 2038 : 85 s.
- - acceptation.
- - - volontaire : 94.
- - - en paiement : 95
- - conditions : 94 s.
- - domaine : 88 s.
- - fondement : 86 s.
- - impératif : 98.
- - renonciation : 97 s.
- aspects de la - : 80 s.
- effet extinctif : 81 s.
- - étendue : 82.
- - fragilité : 83.
- - persistance : 85 s. (V. art. 2038).
- éviction : 92 s.
- initiale : 99.
- nature : 82 s.
- perpénité : 85 s. (V. art. 2038).
- prestation nouvelle : 99.
- réserves : 96.

Débiteur :

- bénéfice de subrogation : 489.
- changement d'activité : 328 s.
- changement de - : 301, 304.
- changement de forme : 328 s.
- confusion : 309.
- considération du - : 326, 330 s.
- décès : 184, 334.
- identification : 328.
- réunion avec caution : 321 s.

Débiteur solidaire :

- V. Codébiteur solidaire.

Décès : 311 s. et 347 s.

- caution : 312, 347 s.
- confusion : 306 s.
- débiteur : 184.
- intuitus personae : 311.
- modification texte : 531.

Déchéance : 377 s.

- automaticité : 444.
- bénéfice de subrogation : 384 s., 443.
- cambiaire : 378 s., 396.
- - causes : 378.
- - effet : 382.
- - nature : 379.
- - régime : 380.
- - renonciation : 381.
- conventionnelle : 377, 499 s., 540.

- droits contractuels : 377.
- droits nés d'une situation de fait : 377.
- effets : 377.
- légale : 377.
- nature : 377.
- notion : 377, 443.
- régime : 377.
- renonciation : 377, 460 s.
- du terme : 235.

Délai : 167.

- de déchéance : 167.
- durée : 168.
- de forclusion : 167.
- préfix : 167.
- de prescription : 167.

Délégation : 301 s.

Dénonciation : 281 :

- V. Résiliation.

Dettes futures (cautionnement de -) : 252 s.

- analyse : 253 s.
- - dualité d'obligations : 255 s.
- - formation du contrat : 253.
- - obligation dualiste : 254.
- - obligation unique : 253 s.
- compte courant : 74.
- couverture : 256 s.
- obligation de couverture : 256 s. (V. ce mot).
- obligation de règlement : 261.
- terme : 252 s., 276 (V. ce mot).

Dettes présentes : 252, 256.

- obligation de règlement : 261.
- terme : 275.

Devoir :

- d'information : 374.
- de loyauté : 369, 370, 449 et 450.
- notion : 374.

Dirigeant de société :

- V. Société.

Dissolution :

- V. Résiliation ; Terme.
- notion : 231.
- rôle : 297.

Dol : 477, 483 :

- V. Fraude.

Donation : 137.

Droit anglais :

- bénéfice de subrogation : 457.
- décès de la caution : 356.
- durée du cautionnement : 252.
- imputation des paiements : 32.

Droit communautaire (C.E.E.) :

- résiliation : 289.

Droit comparé : 9, 356, 387.**Droit de gage général :**

- inclusion dans bénéfice de subrogation : 245, 411 et 412.

Droit potestatif : 282.**Droit préférentiel :**

- V. Bénéfice de subrogation.

Droit québécois :

- décès de la caution : 356, 358.
- résiliation : 289.

Droit suisse :

- bénéfice de subrogation : 387.
- orientation : 9.

Durée : 231 s. :

- V. Temps ; Terme.
- déterminée : 252.
- effet : 507 s.
- indéterminée : 265, 272, 273.
- longue : 273.
- mesure : 274.
- présomption d'indétermination : 285.

- E -**Echéance :**

- V. Prorogation de terme.

Effet de commerce :

- déchéance : 378 s.
- modification date : 241.
- nullité : 214 s.
- provision (défaut) : 383.
- renouvellement : 241.

Entrée en compte : 45 s.**Epoux :** 1, 4, 269, 270, 338 s.**Etat :** 6.**Equité :** 437, 440, 445, 454 s.**Erreur :**

- renonciation au bénéfice de subrogation : 471.

Etendue : 344.**Eviction :**

- dation en paiement : 92.

Exception :

- personnelle au débiteur : 221.
- sens : 488.
- de subrogation : V. Bénéfice de subrogation.

Exécution : 14 s.

- V. Paiement.
- aménagement : 79 s.
- caution : 17 s.
- cofidejusseur : 25.
- compte : 42 s.
- débiteur : 27 s.
- modalités : 21, 22.
- objet : 18.
- régime général : 16 s.
- régimes particuliers : 41 s.
- tiers : 23 s.

Extinction :

- causes endogènes : 11.
- - classement : 12.
- causes exogènes : 298.
- causes objectives : 10.
- causes subjectives : 298.
- étude : 7.
- notion : 3, 10.
- statut : 7.

- F -**Face à face :** 5.**Faillite :**

- abandon d'actif : 156.
- créancier hypothécaire ou privilégié : 149, 156.
- concordat amiable : 149, 156.
- production provisionnelle : 159, 538. s.
- recours de la caution : 157, 158 s.
- remise concordataire : 147 s.
- - caution : 148, 150.
- - nature : 153 s.
- suspension provisoire des poursuites : 149, 156.

Fait juridique : 12.**Famille :** 269, 338 s.**Faute :**

- bénéfice de subrogation : V. ce mot.
- de la caution, 22.
- du créancier : V. ce mot.
- et impossibilité d'exécution : 189.

Fidejussio : 8, 219, 351, 385.**Fidepromissio :** 8, 219, 351.**Filiale :** 4, 268, 338.**Force majeure :**

- et caducité : 192 s.
- conditions : 192.
- effet : 193.

Forclusion :

- V. Déchéance.
- cambiaire : 379.
- délai prefix : 167.

Fraude : 36 et 37, 39, 369, 475.

Furia (Loi) : 8, 168.

Fusion de sociétés :

- confusion : 306.
- entre débitrice et tiers : 318.
- entre débitrice et caution : 320.
- dettes futures : 357.
- obligation de couverture : 357.

- G -**Garantie (action en) :**

- dation en paiement : 84.

Garantie (autonome) : 9.

Garantie d'achèvement : 263.

- H -**Héritiers :**

- obligation de couverture : 347 s.
- obligation de règlement : 312.

Holding : 268.

Hypothèque :

- V. Sûreté réelle.
- cession : 316.

- I -

Identification du débiteur : 328.

Impossibilité d'exécution : 177 s.

- causes : 179, 180, 184, 185, 186, 187.
- impossibilité juridique : 178 s.
- impossibilité matérielle : 184 s.
- fautive : 189.
- régime : 181 s., 188 s.
- sortes : 177.
- temporaire : 191.

Imputation des paiements : 30 à 32.

Incapacité du débiteur : 218 s.

- connaissance par la caution : 221.

Ineffectivité : 17, 174, 175.

Information de la caution :

- abus (de non-information) : 375 s., 541.
- effet : 373.

- insuffisance : 292.

- obligation d' : 371 s.

- renonciation à - : 371.

- utilité : 373.

Inopposabilité : 34 s.

- de la dation en paiement : 84.
- du paiement : 35 s.

Insolvabilité :

- de la caution : 190.
- cofidejusseur : 190.
- du débiteur : 232.

Intérêt d'assurance : 259.

Intérêt cautionné : 259.

Intérêt commun : 451 s.

Intuitus personae :

- V. Considération de la personne.
- alternatif : 311.
- effet : 16, 325.
- exécution : 16, 18.
- décès : 311.
- notion : 325.

- L -

Lettre de change volée : 263.

Libéralité : 137.

Liquidation des biens :

- V. Faillite.

Loyauté : 369, 370, 446 s.

- M -

Maintien forcé du contrat principal : 266.

Mandatum pecuniae credendae : 385.

Marchés internationaux : 5.

Mauvaise foi : 481.

Moratoire : 236, 240.

Motifs du cautionnement :

- élément déterminant : 267.
- et terme extinctif : 267.

- N -

Notaires : 5, 246 s., 392 note 8.

Novation objective : 49, 118 s.

- accession à la nouvelle dette : 127.
- animus novandi : 122, 125.
- élément intellectuel : 122, 125.
- élément matériel : 123 à 125.
- effet : 126 s.
- mise en œuvre : 121 s.
- preuve : 121 s.
- terme suspensif : 243.
- utilisation : 118 à 120.

Novation subjective : 301 s.

- accession du nouveau débiteur : 305.
- changement de caution : 302.
- changement de créancier : 303.
- changement de débiteur : 304.

Nullité : 3

- et caducité : 181, 199.
- concordat : 213.
- de la dation en paiement : 84.
- effet de commerce : 214.
- incapacité du débiteur : 218 s.
- notion : 199.
- de l'obligation principale : 199.
- établissement : 204.
- obstacles : 205 s.
- paiement : 33.
- réserves : 144 s.
- fondement : 145.
- conséquences : 146.

- O -**Obligation :**

- caducité : 184.
- notion : 177.
- de ne pas faire : 258.

Obligation de couverture : 256 s.

- autonomie : 259.
- caractères : 256.
- caution profane : 514.
- caution professionnelle : 514.
- comptabilité : 257.
- compte courant : 74.
- considération de la personne : 324 s.
- événements supplétifs du terme : 510.
- exécution : 19.
- extinction : 539.
- finalité : 259, 260.
- intérêt cautionné : 259.
- objet : 260.
- prestations spéciales : 258, 260.
- rémunération : 201, 260.
- résiliation : 508.
- terme extinctif : 509.

Obligation de règlement : 261.

- caution profane : 515.
- caution professionnelle : 515.
- compte courant : 74.
- considération de la personne : 300 s.
- exécution : 19.
- notion : 261.

Offres réelles : 28.**- P -****Paiement : 14 s. :**

- V. Exécution.
- action paulienne : 37.
- par la caution : 17 s.
- par le cofidejusseur : 25.
- en compte : 42 s.
- par le débiteur : 26 s.
- fait juridique : 15.
- fraude : 36 et 37, 39.
- imputation : 30 à 32, 534.
- inefficace : 33 s.
- inopposabilité : 34 s.
- nature juridique : 14, 15.
- nullité : 33.
- partiel : 29 à 32.
- précipité : 22.
- subrogatoire : 24 s.
- par un tiers : 23 s.

Parents : 1, 269, 338 s., 347.**Patrimoine :**

- perte : 187.

Pays-Bas : 9.**Perte :**

- de la chose : 185.
- du patrimoine : 187.
- de la position originaire : 269, 337 s.

Personnes morales :

- V. Sociétés.
- dissolution : 357.
- disparition : 357.
- modification : 317 s.
- régime spécial : 516.

Plège : 8, 385.**Porte-fort : 220.****Prescription : 164 s.**

- abrégée : 277.
- aspects : 170.
- but : 166.
- caractéristiques : 166.
- concédée : 174 s.

- délai.
- - computation : 169.
- - durée : 168, 537.
- - nature : 167.
- départ : 169.
- effet : 172.
- finalité : 166.
- interruption : 169.
- présomptives : 173, 537.
- renonciation : 169.
- subie : 171 s.
- suspension : 169.
- temps (rôle) : 165.

Prestation :

- notion : 184.

Prêt notarié : 5.**Preuve :**

- acte instrumentaire de cautionnement : 270, 340.
- aveu : 197.
- de la durée : 285.
- de l'inexistence de l'obligation principale : 197 s.
- des motifs : 270, 345.
- de la novation : 121 s.
- du paiement : 173.
- du préjudice : 492 s.
- de la prescription : 173.
- de la remise de dette : 141.
- de la résiliation : 282.
- serment : 173, 537.
- du terme extinctif : 263 s.

Privilège :

- V. Sûreté réelle.

Prix : 186.**Procédure d'apurement collectif du passif :**

- V. Faillite.

Production :

- V. Faillite.

Professionnel :

- V. Créancier ; Caution.

Promesse de cautionnement : 253, 281, 343.**Prorogation de terme : 237 s.**

- absence d'effet extinctif : 237.
- - application : 239.
- - valeur : 238.
- aval : 241.
- bénéfice pour la caution : 236.
- forme : 240.
- inaction : 240.

- protection : 242 s.
- - bénéfice de subrogation : 243 s., 402.
- - - extension : 245.
- - - inadaptation : 244.
- - clause : 246 s. (V. ce mot).
- - novation : 243.
- - responsabilité civile : 245.
- tacite : 240.

Provision comptable : 257.**Publicité : 543.****- Q -****Qualités de la caution :**

- compétence : 245.
- considération des - : 312, 345.
- perte : 312, 340, 345.
- - obligation de couverture : 340, 345.
- - obligation de règlement : 312.
- position : 269, 337 s.

- R -**Réceptice (acte) : 282 :**

- V. Résiliation.

Rédaction : 246, 271, 272.**Réduction : 206.****Règlement judiciaire :**

- V. Apurement du passif ; Concordat ; Faillite.

Régularisation : 208, 209.**Remise de dette : 137 s.**

- aval : 139, 141.
- effets : 139.
- notion : 137.
- réserves : 140 s., 535.
- - nullité : 144 s.
- - - conséquences : 146.
- sortes : 138.

Rémunération caution : 201.

- obligation de couverture : 260.

Renonciation à :

- art. 2038 : 97 s.
- bénéfice légal : 97.
- bénéfice de subrogation : 460 s. (V. ce mot).
- cause d'extinction ; influence sur cautionnement : 106 s.
- compensation : 105 s.
- - par le créancier : 109 s., 536.
- - par le débiteur : 105 s.

- déchéance cambiaire : 381.
- prescription : 169.
- subrogation : 467 s.

Renouvellement du bail : 266.

Réserves :

- dation en paiement : 96.
- nullité : 144 s.
- remise de dette : 140 s.
- transaction : 136.

Résiliation : 279 s., 508.

- accord : 280.
- aggravation de la situation du débiteur : 289.
- caractères : 280.
- cause : 280.
- domaine : 284, 296.
- - absence de terme : 285.
- - élargissement : 286 s.
- - éloignement du terme : 284.
- effet : 282.
- fondement : 283.
- inadaptation : 291 s.
- limitation : 282.
- malgré le terme : 286, 287.
- montant indéterminé : 290.
- notification : 282.
- notion : 279.
- preuve : 282.
- rareté : 270.
- remplacement : 294 s.

Résolution :

- de l'obligation principale : 199.

Responsabilité du créancier :

- abus de droit : 372 s.
- bénéfice de subrogation : 422 s.
- compensation : 113, 114.
- faute : 366 s.
- inexécution : 367 s.
- information : 371 s.
- prorogation de terme : 240, 245.

Retenue de garantie : 263.

Rétraction : 281 :

- V. Résiliation.

Retrait du cautionnement : 281 :

- V. Résiliation.

Révocation : 281 :

- V. Résiliation.

Rome (hist.) : 8.

- S -

Salaire de la caution : 201.

- obligation de couverture : 260.

Satisfaction : 13 s., 116, 511.

- caractéristiques : 162.
- dissociée : 116, 137 s.
- intégrée : 116, 117 s.
- matérielle : 13.
- modification : 116.
- morale : 13.
- nécessité : 116.
- notion : 13.
- partielle : 29 à 32.
- remise de dette : 138.
- sources : 161.

Secret bancaire : 371, 541.

Sécurité : 10, 166, 260, 270.

Serment :

- de crédulité : 173, 537.
- décisoire : 173, 198.

Société : 4.

- absorption : 334.
- anonyme : 4, 268.
- de caution mutuelle : 523.
- cautionnement de la - : 268, 338 s.
- de construction : 305.
- dirigeant (cessation fonctions) : 270, 340, 345.
- filiale : V. ce mot.
- fusion : 318, 320 s., 334.
- holding : V. ce mot.
- mère : 4, 268, 293, 338.
- résiliation : 293.
- à responsabilité limitée : 4, 268.
- transformation : 319, 327.

Solde :

- V. compte.
- cautionnement du - : 73 s.
- définitif : 59 s.
- détermination : 76.
- évolution : 75, 77 s.
- provisoire : 76.
- de référence : 76.
- report sur - : 55 s., 60 s.

Solidarité :

- V. Cautionnement solidaire.

Sponsio : 8, 219, 351.

Stérité : 163 s., 512.

- caducité : 176 s.
- causes : 163.
- prescription : 164 s.

Subrogation :

- bénéfice de - : V. ce mot.
- du cofidejusseur : 25.
- effets : 25.
- nature juridique : 26.
- renonciation à - : 467 s.
- - validité : 468 et 469.
- sûretés : 491 bis.
- du tiers solvens : 23 s.

Substitution de garant : 316.**Suisse : 9 :**

- V. Droit suisse.

Sûreté négative : 258, 326.**Sûreté réelle :**

- V. Droit préférentiel.
- cumul : 384.
- date : 413.
- exemple des - : 542, 543.
- notion : 411, 412.
- perte : V. Bénéfice de subrogation.
- pratique des - : 542.

Suspension :

- contrat : 191.
- prescription : 169.

- T -**Tacite reconduction :**

- du cautionnement : 274.
- de l'obligation principale : 266.
- terme extinctif : 252.

Temps : 165 s.

- consolidation (effet de) : 165 in fine.
- effets : 165.
- mesure du - : 167 s.
- prescription : 164 s.
- usure : 165.

Terme :

- extinctif : 232, 509.
- - absence : 285.
- - avantages : 295.
- - détermination expresse : 272 s.
- - - terme explicite : 273.
- - - terme implicite : 272.
- - détermination tacite : 264 s.

- - - cause du cautionnement : 267.

- - - élément fondamental : 267 s.

- - - motifs du cautionnement : 267 s., 345.

- - - obligation principale : 264.

- - domaine : 252, 262.

- - évènement supplétif : 267 à 271, 330, 331, 334, 345, 510.

- - - légal : 263.

- - potestatif : 265, 272.

- - régime : 253 s., 263 s.

- - réglementation : 527.

- - renforcement : 294.

- - et résiliation : 285, 294 s.

- - rôle : 251.

- - sous-jacent : 267 à 271, 294, 331, 345.

- - suspensif : 232.

- - déchéance : 235.

- - modification : 233 s.

- - prorogation : 236 s. (V. ce mot).

- - réglementation : 527.

- - rôle : 232 bis.

Transaction : 128 s.

- conséquences : 197.
- effets : 131, 132, 133, 134 s.
- éléments : 128 s.
- sur l'étendue de la créance : 130.
- sur l'existence du droit : 131.
- notion : 128.
- sur la titularité du droit : 132.

Transformation de société :

- de la - débitrice : 319, 327.

Transmission :

- V. Décès.

- U -**Usufruit : 334.****- V -****Valeurs mobilières volées : 263.****Validation : 208, 209.****Vigilance :**

- de la caution : 245.
- du créancier : 503 ; 413, 453, 458.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	3
Rigueur des engagements (1) – Disparité entre caution professionnelle et profane (2) – Volume du contentieux de l'extinction ; intérêts du sujet (3) – Applications pratiques : cautions non-professionnelles (4) – Cautions professionnelles (5) – Coexistence des deux sortes de cautionnement (6) – Intérêt qualificatif du sujet : virginité (7) – Historique (8) – Exemples étrangers (9) – But, méthode et plan (10).	
PREMIERE PARTIE	
LES CAUSES D'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT INHERENTES AUX ENGAGEMENTS DES PARTIES	
Détermination des causes inhérentes aux engagements (11)	21
Classification de ces causes d'extinction (12).	
TITRE I	
LA SATISFACTION DU CREANCIER	
Notion de satisfaction (13)	27
CHAPITRE I. — La satisfaction par l'exécution des engagements. . . .	29
Place et nature du paiement (14) — Le paiement juridique (15).	
SECTION I. — Le régime général de l'exécution.	33
Exécution et personnalité du solvens (16).	
§ 1 - Exécution par la caution	34
Rareté de l'exécution (17).	
A - L'objet de l'exécution par la caution	35
Objet du règlement (18) — Exécution du cautionnement de dettes futures (19) — Moment de l'exécution du cautionnement d'un solde de compte courant (20).	
B - Les modalités de l'exécution par la caution	40
Les aménagements de l'exécution par la caution (21) — La clause d'exécution à première demande (22).	
§ 2 - Exécution par un tiers solvens	44
Situation du tiers solvens (23) — Conditions de la subrogation (24) — Effets de la subrogation (25) — Nature juridique du paiement subrogatoire (26).	

§ 3- Exécution par le principal obligé	49
La généralité de son effet extinctif et sa limite (27).	
A - L'exécution facteur d'extinction du cautionnement	50
Intérêt à exécuter ; offres réelles (28).	
a) - La satisfaction du créancier, critère de l'extinction.	50
b) - La satisfaction du créancier, mesure de l'extinction	52
Satisfaction et paiement partiel (29) - 1 ^o Le paiement partiel.	
2 ^o L'imputation d'un paiement du débiteur principal en cas de pluralité de dettes ayant un objet identique. Imputation et pluralité de dettes (30) - Imputation en l'absence de volonté expresse (31) - 3 ^o L'imputation du paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée. Imputation et dette partiellement cautionnée (32).	
B - L'exécution, évènement inefficace	57
Causes d'inefficacité ; rejet de la notion de nullité (33)	
a) - Nullité du paiement	57
b) - Inopposabilité du paiement	58
Notion (34).	
1 ^o) - Notion d'inopposabilité du paiement.	58
α) - La protection contre l'extinction de la créance	59
Inopposabilité et protection contre l'extinction (35)	
β) - La protection contre la fraude	59
Inopposabilité et protection contre les fraudes (36) - Action paulienne contre les paiements (37).	
2 ^o) - Régime de l'inopposabilité du paiement.	62
Régime général (38) - Régime spécial des inopposabilités pour fraude (39) - Application au cautionnement (40).	
SECTION II. - Les régimes particuliers d'exécution	66
Plan (41).	
§ 1- L'exécution par l'intermédiaire d'un compte.	66
Notion de compte (42) - Mécanisme du compte (43) - Compte de dépôt ; communauté de règles (44).	
A - L'exécution par entrée en compte d'une créance cautionnée . . .	69
Plans (45).	
a) - La notion d'entrée en compte	69
1 ^o) - Les modalités de l'entrée en compte d'une créance cautionnée . .	70
Rejet de l'affectation automatique (46) - Maintien de la créance garantie au différé (47).	
2 ^o) - Les effets de l'inscription en compte.	71
Fusion des créances en un solde (48).	
α) L'école classique	72
Explications classiques de la fusion. Novation (49) - 1 - La novation à la faveur de la majorité des classiques. 2 - La compensation est l'âme de la théorie d'ESMEIN - Compensation (50).	

β) - Les tenants de l'école moderne.	73
Explication moderne de la fusion (51).	
b) - Les conséquences de l'entrée en compte de la créance garantie par un cautionnement	75
Les moments de l'entrée en compte (52).	
1°) - L'entrée au disponible pendant le fonctionnement du compte . .	75
Effets de l'entrée au disponible (53).	
α) - L'effet normal	75
Identité des effets sur l'aval (54).	
β) - Le report du cautionnement sur le solde du compte	78
Régime général (55) — Projets de réforme (56) — Report de l'aval ; clauses spéciales (57) — Absence de consentement de l'avaliseur (58).	
2°) - L'entrée au disponible après la clôture du compte	81
Fonctionnement en période de liquidation (59).	
α) Le principe du report des garanties sur le solde après clôture . . .	82
Cadre et contenu du principe (60) — Conséquences pour l'avaliseur (61).	
β) - Le domaine du report des garanties sur le solde après clôture . .	84
Fondement du report (62).	
1- Les justifications proposées	85
Fondement du principe du report des garanties sur le solde après clôture ; justification dans une faveur prétorienne (63) — Fondement des autres avantages accordés au banquier — Etendue et raisons de ces avantages (64).	
2- La délimitation du domaine d'application des avantages jurisprudentiels	87
Un compte quel qu'il soit (65) — Une entrée en compte, quelle qu'elle soit (66) — Une créance cambiaire (67) — Uniquement en faveur d'un banquier (68) — Une clôture par cessation des paiements (69) — Extension à toute créance garantie (70) — Limites imposées par la théorie des coobligés (71) — Résumé (72).	
B - L'exécution par le fonctionnement ultérieur du compte de la créance constituée par le solde débiteur cautionné	92
Aspects du problème (73).	
a) - Les variétés de cautionnement du solde d'un compte	92
b) - Le régime de l'extinction du cautionnement du solde d'un compte en fonctionnement	94
Influence du mécanisme du compte (74).	
1°) - Sort du cautionnement avant la détermination du solde dû . . .	95
Argumentation des cautions et son rejet (75).	
2°) - Sort du cautionnement après la détermination du solde dû . . .	97
Dégagement du solde provisoire de référence (76).	
α) - Liquidation de la dette	97
β) - Règlement de la dette.	98
Evolution du solde provisoire (77) — Appréciation comptable de cette évolution (78).	

§ 2- L'exécution par aménagement des modalités originelles	102
Contenu de l'aménagement (79).	
A - Satisfaction aménagée par équivalent : La dation en paiement . .	102
Aspects multiples de la dation en paiement (80).	
a) - L'effet extinctif de la dation en paiement.	103
Problème de qualification (81).	
1°) - La généralité de l'effet extinctif de la dation en paiement	104
Analyses rejetées (82) – Analyse retenue (83).	
2°) - La fragilité de l'effet extinctif de la dation en paiement	107
Les causes de fragilité et leurs effets (84).	
b) - La pérennité de l'effet extinctif a l'égard du cautionnement : L'article 2038 C. Civ	109
Recherches de structure (85).	
1°) - Fondement de la règle de l'article 2038 C. Civ.	109
Fondements écartés (86) – Fondement proposé (87).	
2°) - Domaine d'application de la règle de l'article 2038 C. Civ	111
Principes (88).	
α) - Le domaine d'application quant aux actes	111
1- Les actes de paiement retenus	112
Paiement par un aliud (89) – Différences d'avec la dation en paiement lato sensu (90) – Dation par la caution (91).	
2- Les actes d'éviction retenus	113
Nature et auteur de l'éviction (92).	
β) - Le domaine d'application quant aux personnes	114
Influence de la solidarité (93).	
3°) - Conditions d'application de la règle de l'article 2038 C. Civ	115
α) - Acceptation du bien en paiement par le créancier	115
1- Acceptation volontaire (94).	115
2- Acceptation en paiement (95)	116
3- Inopposabilité des réserves (96)	116
β) - Absence de renonciation de la caution.	117
Notion de bénéfice légal (97) – Caractère d'ordre public du bénéfice (98) – Cautionnement nouveau d'une prestation substituée (99).	
B - Satisfaction aménagée par simplification et renforcement : La compensation	120
Application à l'opération de cautionnement (100).	
a) - La compensation affectant l'obligation principale	121
Place de la compensation (101).	
1°) - Le déclenchement de l'effet extinctif de la compensation	121
Analyses de la compensation (102).	
α) - Le déclenchement de l'effet extinctif par la caution simple	122
Possibilité ouverte à la caution : fondement (103).	

β)	- Le déclenchement de l'effet extinctif par la caution solidaire . . .	123
	Discussion ; rattachement à la caution simple (104).	
2°)	- La suppression de l'effet extinctif de la compensation	125
	Renonciation par le débiteur à la compensation (105).	
α)	- L'efficacité à l'égard de la caution de la renonciation par le débiteur à une cause d'extinction	125
	Absence de règles établies (106) – Renonciation antérieure au cautionnement (107) – Renonciation postérieure (108).	
β)	- L'efficacité à l'égard de la caution de la renonciation par le créancier à la compensation acquise	127
	L'art. 1299 C. Civ. (109) – Extension à la caution ; refus (110).	
b)	- La compensation affectant le cautionnement	129
	Base de fonctionnement (111).	
1-	Conditions de la compensation.	130
	Apparition d'une créance (112) – Cautionnement syllagmatique (113).	
2-	Conséquences de la compensation.	131
	Paiement par la caution et remboursement (114) – Conditions de son bénéfice pour le débiteur principal (115).	
CHAPITRE II. – La satisfaction par la modification de l'engagement.		133
	Nécessité de la satisfaction (116).	
SECTION I. – La modification de l'engagement avec satisfaction intégrée		134
	Division (117).	
§ 1-	La novation entre mêmes parties	134
	Nouvelle utilité de la novation (118) – Inutilité entre les parties (119) – Utilité pour les tiers intéressés (120).	
A	- La mise en œuvre de la décharge qu'entraîne la novation	136
	Difficultés (121).	
a)	- La preuve de l'élément intellectuel de la novation	137
	La preuve de l'élément intellectuel de la novation (122).	
b)	- La preuve de l'élément matériel de la novation	138
	Changement de cause (123) – L'importance du changement (124) – Critère de l'incompatibilité (125).	
B	- Les effets de la décharge qu'entraîne la novation	141
	L'extinction (126) – L'accession à la nouvelle dette (127).	
§ 2-	La transaction.	142
	Éléments constitutifs (128) – Rôle de la volonté (129) – Influence de la contestation réglée (130).	
A	- Contenu de la transaction affectant l'obligation garantie	145
a)	- Transaction portant principalement sur l'obligation garantie . . .	146
1°)	- Transaction sur l'existence du droit (131)	146
2°)	- Transaction sur la titularité du droit (132)	147

b)	- Transaction portant accessoirement sur l'obligation garantie . . .	148
	Variation du sort du cautionnement (133).	
B	- La portée de la transaction affectant l'obligation garantie	149
	Bénéfice pour la caution (134) — Bénéfice pour l'avaliseur (135) —	
	Rôle de la satisfaction du créancier (136).	
SECTION II. — La modification de l'engagement avec satisfaction		
	dissociée : La remise de dette	151
	Remise et libéralité (137) — Remise et satisfaction (138) — Régime	
	d'extinction ; conséquences (139).	
§ 1-	La nullité des réserves assortissant la remise de dette	154
	Eléments du problème (140).	
A	- Les cautions concernées	155
	Généralité du problème (141).	
B	- Les solutions favorables à l'efficacité des réserves	156
	La jurisprudence (142) — Les tentatives de justification (143).	
C	- Solution retenue : nullité des réserves	160
	Rejet de la simple inefficacité des réserves (144) — Nullité ; fondement	
	(145) — Conséquences (146).	
§ 2-	Les remises insérées dans une procédure d'apurement collectif	
	du passif	162
	Le contexte (147).	
A	- Situation de la caution	164
a)	- Solution du droit positif	165
	Non-bénéfice de la remise (148) — Solutions en l'absence de texte (149).	
b)	Valeur en équité	169
	Cautions dans cette situation (150) — Équité générale de la règle (151).	
B	- Fondement de la solution législative	172
	Les diverses conceptions (152).	
a)	- Rejet des analyses reposant sur la notion de remise	172
	Les variations sur la nature de remise (153) — Les variations sur la nature	
	du concordat (154).	
b)	- Adoption d'une analyse reposant sur le caractère procédural	
	du concordat	176
1 ^o)	- Démonstration	176
	Eléments du caractère procédural (155).	
2 ^o)	- Conséquences	178
	Conséquences sur les hypothèses non régies par un texte (156) — Consé-	
	quences sur le recours de la caution (157).	
C	- Aménagement proposé	180
	Iniquité des règles actuelles (158) — Ouverture d'une production par	
	provision (159). Conclusion sur la remise insérée dans une procédure	
	collective (160).	
Conclusion du Titre I : La satisfaction du créancier		186
Récapitulation des sources de la satisfaction (161) — Caractéristique (162).		

TITRE II

LA STERILITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

Causes (163).	189
CHAPITRE I. — La prescription, sanction d'une stérilité passée	191
Plan (164)	
SECTION I. — Le processus de la prescription	192
§ 1- La prescription repose sur un écoulement du temps	192
La prescription s'imprègne des effets du temps (165).	
A - Les effets du temps	193
B - La finalité de la prescription	195
La prescription intègre les effets du temps dans le droit (166).	
§ 2- La prescription engendre une mesure du temps	197
Mesure du temps et différentes sortes de délai (167).	
A - La détermination du délai	200
Délais de droit commun et de droit cambiaire (168).	
B - La mise en œuvre du délai	203
Computation (169).	
SECTION II. — Les physionomies de la prescription	206
Les deux aspects de la prescription (170).	
§ 1- La prescription subie par le créancier.	207
Les limitations à l'effet extinctif de la prescription (171).	
A - Extinction réduite à l'action en justice	207
Portée de cette extinction (172).	
B - Extinction parfois soumise à la preuve du paiement	209
Difficulté soulevée par les prescriptions présumptives ; serment décisoire (173)	
§ 2- La prescription concédée par le créancier	211
A - La situation de fait	211
Constatations (174).	
B - Le rôle de la prescription (175)	213
CHAPITRE II. — La caducité, condamnation d'une stérilité future .	215
Première approche de la caducité. Plan (176).	
SECTION I. — Caducité par impossibilité d'exécution.	216
Les deux sortes d'impossibilité d'exécution (177).	
§ 1- Impossibilité d'exécution concernant l'obligation : impossi- bilité juridique	217
Plan (178).	
A - Domaine	217

a)	- Impossibilité juridique d'exécution par absence d'un élément extrinsèque	217
	Hypothèses (179).	
b)	- Impossibilité juridique d'exécution par disparition d'un élément intrinsèque	218
	Situations possibles (180).	
B	- Régime	219
	Caducité et nullité (181) — Caducité et condition suspensive (182) — Effets de la caducité (183).	
§ 2-	Impossibilité d'exécution concernant la prestation : Impossibilité matérielle	221
	Raisons de l'impossibilité matérielle d'exécution (184).	
A	- Domaine	222
a)	- Disparition de la personne du débiteur.	222
b)	- Disparition de la chose due	223
	Causes (185) — Impossibilité de calculer le prix (186) — Perte du contenu du patrimoine (187).	
B	- Régime	227
	Méthodes de détermination (188).	
a)	- Régimes écartés.	227
	Elimination de l'impossibilité fautive (189) — Insolvabilité de la caution (190) — Impossibilité temporaire et suspension de l'exécution (191).	
b)	- Emprunt de régime possible.	230
	Impossibilité d'exécution de force majeure (192).	
1°)	- Rapprochement des conditions d'efficacité.	231
2°)	- Rapprochement des effets (193).	232
SECTION II. — Caducité par disparition rétroactive de l'engagement principal		233
	Place restreinte de la caducité (194).	
§ 1-	Les raisons du domaine restreint de la caducité par disparition rétroactive de l'engagement principal.	234
	Les deux raisons (195).	
A	- Disparition rétroactive du cautionnement.	234
	Plans (196).	
a)	- Causes de la disparition de l'engagement principal et sort du cautionnement	234
1°)	- Causes	234
α)	- Absence d'existence matérielle.	235
	Constataction par le créancier lui-même : aveu, transaction (197) — Constataction par autrui : serment décisoire, chose jugée (198).	

β)	- Absence d'existence juridique	236
	Nullité, condition résolutoire et résolution (199).	
2°)	- Sort du cautionnement.	238
	Détermination du sort (200) – Explication et fondement. Neutralité de la disparition du cautionnement (201).	
b)	- Pouvoirs de la caution	241
	La disparition est une exception réelle que la caution peut invoquer (202).	
1°)	- Les droits de la caution.	241
α)	- Invoquer la disparition rétroactive de l'obligation principale . . .	242
β)	- Provoquer la disparition rétroactive de l'obligation principale. . .	242
	Défaut d'existence matérielle : serment (203) – Défaut d'existence juridique (204).	
2°)	- Les obstacles à l'exercice de ses droits par la caution	245
	Détermination des obstacles (205).	
α)	- Le sauvetage des parties saines de l'acte	246
	Recours à la réduction et à la conversion (206) – Conséquences de ce sauvetage (207).	
β)	- La consolidation de l'acte vicié.	248
	Les causes : régularisation, validation, confirmation (208) – Consolidation objective : régularisation et validation (209) – Consolidation subjective : confirmation (210) – Influence pratique de la solution sur la position de la caution (211).	
B	- Survie du cautionnement	254
	Raisons de cette survie (212).	
a)	- La survie du cautionnement justifiée par le particularisme de la règle appliquée.	255
	Régime de cette solution (213).	
1°)	- La survie du cautionnement d'un concordat résolu ou nul	255
2°)	- La survie de l'aval d'un effet de commerce nul	256
	Mobiles de cette survie (214).	
α)	- Le fondement de la règle (215)	257
β)	- Le domaine de la règle	259
	Le principe (216) – Deux exceptions (217).	
b)	- La survie du cautionnement justifiée par l'hétérogénéité de la nature de l'engagement	261
	Plan (218).	
1°)	- Le fondement de l'art. 2012 alinéa 2 C. Civ	262
α)	- Justifications économiques et historiques (219).	262
β)	- Justification juridique : le porte-fort (220)	263
2°)	- L'étendue de l'application de l'art. 2012 al. 2 C. Civ.	265
	Limitation à l'incapacité connue par la caution (221).	

§ 2- L'inventaire du domaine restreint de la caducité par disparition rétroactive de l'engagement principal.	267
Plan (222).	
A - Caducité reposant sur l'absence de rétroactivité.	267
Motifs, exemples (223).	
B - Caducité reposant sur divers correctifs de la rétroactivité.	269
Importance de la nature du correctif (224).	
a) - Les correctifs compensant un avantage reçu	269
Survie du contrat principal et caducité du cautionnement (225).	
b) - Les correctifs compensant un préjudice	271
Nature de la responsabilité civile qui les détermine (226) – Suite, responsabilité para-contractuelle (227) – Conclusion (228).	
Conclusion du Titre II : La stérilité de l'engagement de la caution	275
Rigueur des conditions d'extinction (229) – Limites de la portée de l'extinction (230).	

TITRE III

LA DISSOLUTION DES ENGAGEMENTS

Aspects de la dissolution (231)	279
CHAPITRE I. — Le terme	281
Ambiguïté de la notion : termes suspensif et extinctif dans le cautionnement (232) – Influence de chacun des termes sur l'extinction ; plan (232 bis).	
SECTION II. — La modification du terme suspensif.	285
Raisons de l'absence de terme ; pratique courante de l'octroi des délais (233).	
§ 1- Modification du terme suspensif et protection générale du créancier	287
Sens et portée de ces modifications (234).	
A - Les modifications du terme suspensif de l'obligation principale .	287
a) - Déchéance du terme.	287
Application au cautionnement de la déchéance du débiteur (235).	
b) - Prorogation du terme	290
Non-bénéfice pour la caution (236).	
B - Absence d'effet extinctif de la prorogation de terme	293
La règle légale (237).	
a) - Valeur de l'article 2039 C. Civ. (238)	293
b) - Domaine d'application de l'article 2039 C. Civ. (239).	294

1°) - L'indifférence de la forme de la prorogation (240).	294
2°) - Les difficultés présentées par le droit cambiaire (240).	298
§ 2- Modification du terme suspensif et protection spéciale de la caution.	301
Raisons et méthodes de la protection (242).	
A - Protection par le droit commun	302
Novation, bénéfice de subrogation (243).	
a) - Inadaptation de l'article 2037 C. Civ. à la situation visée.	303
Rigueur des conditions de l'article 2037 (244).	
b) - La justification proposée en raison de la situation concernée . . .	306
Critères de libération : absence d'intérêt et extranéité de la caution (245).	
B - Protection par le contrat	309
Formation du contrat (246).	
a) - La clause et ses caractères	309
Contenu (247) – Finalité (248).	
b) - Les difficultés de son interprétation	312
Controverse autour de la notion de prorogation (249) – Interprétation proposée (250) – Forme du consentement de la caution (250 bis).	
SECTION II. – La survenance du terme extinctif	316
Rôle du terme – Plan (251).	
§ 1- Domaine d'existence du terme extinctif.	316
Délimitation du domaine (252).	
A - Explications écartées reposant sur une obligation unique.	321
Le terme n'affecterait que la formation de l'obligation unique (253).	
a) - Terme et formation de l'obligation	321
b) - Terme et analyse dualiste de l'obligation	322
Le terme n'affecterait que l'Haftung (254).	
B - Explication proposée reposant sur une dualité d'obligations. . . .	325
Les deux temps de la détermination de la dette de la caution (255).	
a) - L'obligation de couverture	326
Caractères (256).	
1°) - Analyse	326
Insuffisance des manifestations comptables de la couverture (257). – Renforcement de l'obligation par des prestations spéciales (258).	
2°) - Synthèse	332
Rapprochement avec l'assurance ; intérêt d'assurance et intérêt cautionné (259) – Le double objet de l'obligation (260).	
b) - L'obligation de règlement	337
Analyse sommaire (261). – Conclusion. – Domaine du terme (262).	
§ 2- Régime de l'existence du terme extinctif	339
Terme légal (263).	

A	- Détermination tacite du terme extinctif.	341
	Éléments de référence (264).	
a)	- Détermination par recours à l'obligation principale	341
	Référence à l'obligation garantie de durée indéterminée (265). — Tacite reconduction et renouvellement (266).	
b)	- Détermination par référence à un élément fondamental	346
	Motifs du cautionnement (267).	
1 ^o)	- La question	347
	Application à la pratique (268) — Les trois motivations rattachées à la position de la caution (269).	
2 ^o)	- La solution.	351
	Solution apportée par le terme extinctif (270) — Terme sous-jacent acceptable (271).	
B	- Détermination expresse du terme extinctif.	355
	Référence à la durée de l'obligation principale (272).	
a)	- Détermination expresse d'un terme implicite	356
b)	- Détermination expresse d'un terme explicite.	358
	Utilité mais rareté (273).	
1 ^o)	- Terme explicite indépendant de l'obligation principale	359
	Mesure de la durée utile (274).	
2 ^o)	- Terme explicite dépendant de l'obligation principale	361
	Obligation à exécution instantanée (275) — Obligation à exécution successive (276) — Terme et prescription abrégée (277) — Conclusion (278).	
CHAPITRE II. — La résiliation unilatérale		367
	Notion de résiliation (279) — Caractères : acte juridique, abstrait, unilatéral (280) — Résiliation et révocation (281) — Acte extinctif et réceptice (282).	
SECTION I. — Le cadre de la résiliation du cautionnement		376
§ 1-	La conception traditionnelle du domaine de la résiliation unilatérale	376
A	- Fondement	376
	Echec à la perpétuité (283).	
B	- Etendue du domaine traditionnel	378
	Mesure subjective de la durée (284) — Mesure objective de la durée (285).	
§ 2-	Les tendances à l'élargissement du domaine	381
A	- Elargissement contractuel	381
	Résiliation d'un contrat à durée déterminée (286).	
B	- Elargissement judiciaire	383
	Résiliation malgré l'existence d'un terme (287).	

SECTION II. — Adaptation à effectuer	384
Eléments de cette adaptation (288).	
§ 1 - Les tentatives d'extension du cadre de la résiliation	385
1 - Contenu des projets législatifs (289)	385
2 - Explication des projets (290).	386
§ 2 - Position proposée : Restreindre le domaine de la résiliation	387
Divisions (291).	
A - Inadaptation de la résiliation	388
1 - Caution étrangère aux affaires du débiteur	388
Absence d'information (292).	
2 - Caution intégrée à l'opération principale	389
Obstacles personnels à la résiliation (293).	
B - Renforcement du rôle du terme extinctif	391
1 - Notion du terme extinctif	391
Terme expres ou sous-jacent (294).	
2 - Conséquences de ce renforcement.	391
Avantage du terme (295) — Conclusion : domaine de la résiliation unilatérale (296).	
Conclusion du Titre III : La dissolution des engagements.	393
Place et rôle de la dissolution (297).	

DEUXIEME PARTIE

LES CAUSES D'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

INHERENTES A LA PERSONNE DES PARTIES

Classification ; plan (298)	397
---------------------------------------	-----

TITRE I

LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE

Importance sélective (299).	399
-------------------------------------	-----

CHAPITRE I. — La considération de la personne dans l'obligation de règlement.	401
Faible influence (300).	

SECTION I. — Les mécanismes traditionnels d'extinction	402
§ 1 - Changement de parties : novation et délégation	402
Rapprochement de ces techniques (301) — Changement des parties au cautionnement (302) — Changement des parties à l'obligation principale : le créancier (303) — Changement de débiteur (304) — Garantie du nouveau débiteur (305).	

§ 2- Confusion des parties	406
Principales causes de confusion (306) — Effet extinctif (307) — Effets de la confusion créancier-caution (308) — Effets de la confusion créancier-débiteur (309)	
SECTION II. — La considération de la personne en dehors des mécanismes traditionnels d'extinction.	410
Variété des situations invoquées (310).	
§ 1- Le décès et la perte des qualités	410
Absence d'effet extinctif, sauf <i>intuitus personae</i> (311) — Décès de la caution ; perte des qualités (312).	
§ 2- La cession	414
Absence d'effet extinctif (313) — Cession de la créance principale (314) — Cession de contrat et de dette (315) — Cession du cautionnement (316).	
§ 3- Les avatars des personnes morales.	419
Prétextes invoqués par les cautions (317). 1 - Fusion entre la société débitrice et une société tierce (318) — 2 - Transformation de la société débitrice (319) — 3 - Fusion entre société débitrice et caution (320) — Réunion des qualités de débiteur principal et de caution (321) — Solution apportée par la loi de 1966 (322).	
Conclusion : Inefficacité de la considération de la personne sur l'obligation de règlement (323).	425
CHAPITRE II. — La considération de la personne dans l'obligation de couverture	427
Situations critiques révélant la considération des personnes (324).	
SECTION I. — Considération de la personne du débiteur ou du créancier	429
Importance et rôle de cette considération (325).	
§ 1- Considération du seul débiteur.	430
Plan (326).	
A - Élément du problème.	431
Transformation de la société débitrice (327) — Changements de forme et d'activité du débiteur (328).	
B - Critères de solution	432
Arguments en faveur de l'extinction (329) — 1 - Critère : considération des qualités et de l'activité du débiteur. — 2 - Application (330) — 3 - Considération du débiteur : événement suppléant le terme (331). — Conclusion : considération dynamique de la personne (332).	
§ 2- Extension à la considération égale du débiteur et du créancier . .	436
Contenu : considération statique (333) — Evénements rendus extinctifs (334) — Domaine de cette considération (335).	
SECTION II. — Considération de la personne de la caution	440
Dualité de cette considération (336).	
§ 1- Considération de la position de la caution	441
Plan (337).	

A	- Les situations et leur explication	441
	Intérêts présentés par la position de la caution (338) – Relation entre le cautionnement et la responsabilité morale (339) – Cas de dislocation du groupe et de perte de sa position par la caution (340).	
B	- L'influence de la considération de la caution.	445
	Optique adoptée (341).	
a)	- Rejet de la théorie de la cause	446
	1 - Persistance de la cause (342) – 2 - Cause et promesse de contrat (343).	
b)	- Rejet du moyen reposant sur l'étendue du cautionnement (344).	447
c)	- Considération émanant du créancier : événement suppléant le terme (345).	448
	Conclusion : domaine restreint et caractère supplétif (346).	
§ 2-	Considération de la caution elle-même.	450
	Décès de la caution (347).	
A	- Solution actuelle : transmission du cautionnement successif. . . .	451
	Les espèces tranchées (348) – La solution (349).	
B	- Solution proposée : extinction de l'obligation de couverture . . .	453
	Plans (350).	
a)	- Justification de la solution	454
1°)	- Absence d'obstacles	454
	1. Analyse historique (351) – 2. Politique économique (352).	
2°)	- Arguments favorables	456
	1. et 2. Nécessités pratiques (353) – 3. Considération de la personne (354) – Comptabilité avec les exigences de la pratique (355) – 4. Droit comparé (356).	
b)	- Régime de cette cause d'extinction	459
	1. Caution personne morale (357) – 2. Caractère impératif (358) – Nécessité d'une intervention du législateur (359).	
Conclusion du Titre I : La considération de la personne		462
	Elaboration d'un droit spécial (360) – Droit limité au cautionnement successif (361) – Variété des considérations (362) – Application de la considération de la personne à l'aval (363) – Unification des cautionnements civil et commercial et division des cautionnements professionnel et non-professionnel (364).	

TITRE II

LA FAUTE DU CREANCIER

	Gravité et protection – Plan (365)	465
CHAPITRE I. – Faute et responsabilité civile du créancier.		467
	Techniques – Plan (366).	
SECTION I. – Responsabilité pour inexécution.		468
	Sources (367).	

§ 1 - Obligations diverses	468
Obligations ponctuelles (368) — Obligations générales ; sanction par la fraude (369) — Responsabilité pour faute (370).	
§ 2 - L'obligation d'informer la caution	471
Information spécialisée (371).	
SECTION II. — Responsabilité pour abus de droit	477
Application (372).	
§ 1 - Refus d'une obligation générale d'informer.	478
Utilité de l'information (373) — Notions de devoir et d'obligation (374).	
§ 2 - Responsabilité pour abus du droit de ne pas informer.	480
Fondement (375) — Application (376).	
CHAPITRE II. — Faute et déchéance du créancier.	483
Notion de déchéance (377).	
SECTION I. — Déchéance cambiaire	486
Situations visées (378).	
§ 1 - Nature.	486
Absence de rattachement (379).	
§ 2 - Régime	487
1. Assimilation de l'avaliseur au débiteur garanti (380) — 2. Renonciation (381) — 3. Survivance du droit fondamental (382) — Conclusion (383).	
SECTION II. — Déchéance entraînée par le bénéfice de subrogation (Art. 2037 C. Civil)	490
Pratique du cumul des sûretés (384) — Bénéfice de subrogation : historique (385) — Terminologie (386) — Droit comparé (387) — Utilisation pratique — Plan de l'étude (388).	
§ 1 - Droit positif	495
Division (389).	
A - Les sujets de l'exception	495
a) - Les sujets actifs	495
Rejet du codébiteur solidaire (390).	
1 ^o) - Les différentes cautions	496
Cautions simple et solidaire (391) — Caution réelle (392) — Certificateur (393) — Cautions fiscales (394).	
2 ^o) - Le donneur d'aval	499
Position favorable de principe (395) — Problèmes particuliers (396).	
b) - Les sujets passifs	503
Rejet du certificateur dans son recours (397).	
1 ^o) - L'imputation de l'impossibilité de subrogation	505
Faute ou fait (398) — α - L'activité du créancier — Imputabilité de l'activité (399) — β - La passivité du créancier — Principe de l'imputation (400) — Non exercice d'une faculté (401) — Prorogation du terme par inactivité (402).	

2°)	- L'exonération de la sanction de l'impossibilité de subrogation. Possibilité ; plan (403) – α) - Les causes d'exonération – Cause extérieure (404) – Absence de faute (405) – β) - L'étendue de l'exonération – Concours de fautes (405).	511
B	- Les conditions de mise en œuvre de l'exception. Dualité des fonctions de l'exception et donc de ses conditions (407).	515
a)	- Perte d'un droit préférentiel Interprétation ; œuvre de la jurisprudence (408).	515
1°)	- La notion de dépérissement des droits préférentiels Extension à la perte de valeur du droit (409).	516
2°)	- La notion de droit préférentiel. Absence de définition ; plan (410) – 1. Critère (411) – 2. Illustration (412).	516
3°)	- La date de constitution des droits préférentiels Interprétation des solutions jurisprudentielles (413).	519
b)	- Réalisation d'un préjudice. Exigence et utilités (414).	521
1°)	- La nécessité du préjudice Précisions (415).	521
2°)	- L'influence du préjudice Absolution d'une faute en cas d'absence du préjudice (416) – Mesure de la décharge de la caution (417).	522
§ 2-	Analyse Pléthore des tentatives et insuffisances des explications (418).	524
A	- Théories rejetées Classement (419).	524
a)	- Bénéfice de subrogation expliqué par le bénéfice de discussion 1 - Exposé (420) – 2 - Critique (421).	525
b)	- Bénéfice de subrogation expliqué par la responsabilité civile . . . Evolution (422).	526
1°)	- Responsabilité quasi-délictuelle α) - Exposé (423) – β) - Critique (424).	526
2°)	- Responsabilité contractuelle α) - Exposé (425) – β) - Critique – Nécessité et dangers d'une obligation (426) – Impossibilité d'une obligation générale (427).	528
c)	- Bénéfice de subrogation expliqué par la cause ou la condition. Dualité des causes ; plan (428).	530
1°)	- Cause objective α) Exposé – Mécanisme (429) – Exception d'inexécution (430) – Résolution pour inexécution (431) – β) - Critique (432).	530
2°)	- Cause subjective et condition. α) - Exposé – Cause impulsive (433) – Condition résolutoire (434) – β) - Critique – Persistance de la cause et engagement abstrait (435) – Condition et décharge limitée au préjudice (436).	532

d) - Bénéfice de subrogation expliqué par les principes généraux des contrats	536
1°) - Exposé	536
Équité (437) – Bonne foi (438) – Caractère accessoire (439).	
2°) - Critique	538
Insuffisance générale (440) – Incompatibilité avec la limitation aux droits visés par la caution (441).	
B - Théorie proposée.	540
Division (442).	
a) - Mécanisme : une déchéance	540
Réunion des conditions (443) – Rejet de la responsabilité civile (444).	
b) - Fondements : bonne foi et équité	542
Particularisme des deux fondements (445).	
1°) - La bonne foi renforcée par l'intérêt commun	542
α) - Bonne foi et loyauté	542
Difficulté d'une définition (446) – Origines et évolution (447) – Positions doctrinales (448) – Rôle général (449) – Rôle dans le cautionnement (450).	
β) - Intérêt commun	549
Variabilité de l'intérêt de la caution (451) – Existence de l'intérêt pour les droits préférentiels (452) – Communauté d'intérêt ; conséquences (453).	
2°) - L'équité renforcée par le caractère accessoire du cautionnement	554
Notion et rôle de l'équité (454) – Résumé (455).	
§ 3- Synthèse	556
Finalités ; plan (456).	
A - Cohésion du droit positif	556
Bénéficiaires (457) – Droits préférentiels (458) – Préjudice (459).	
B - Renonciation au bénéfice de subrogation	559
Refus d'une suppression globale de l'art. 2037 C. Civ. ; plan (460).	
a) - Forme et validité des renonciations.	560
1°) - Renonciations au bénéfice de l'art. 2037 C. Civ.	560
1. Modalités (461) – 2. Validité – Conditions (462) – Renonciation après l'impossibilité de subrogation (463) – Renonciation en cours de contrat, avant la perte des droits (464) – Renonciation anticipée (465) – Caractère impératif du bénéfice : de lege lata et de lege ferenda (466).	
2°) - Renonciations à la subrogation	567
Modalités : absence de renonciation générale (467) – Validité de la renonciation limitée au risque de concours (468) – Défaut de validité d'une renonciation générale (469).	
b) - Limites à apporter à la validité des renonciations	572
Ampleur des renonciations et tentatives de limitation (470).	

1°) - Limites trouvées par la jurisprudence.	573
Erreur de la caution : les arrêts (471) – Critique (472) – Interprétation dénaturante des clauses de renonciation (473).	
2°) - Limites proposées	576
Plan (474).	
α) - Limites générales tenant au fondement de la déchéance	576
Permanence du fondement ; inefficacité des renonciations en cas de fraude (475).	
1 - Elargissement (476)	577
Faute dolosive (477) – Faute intentionnelle (478) – Faute inexcusable (479) – Faute lourde (480) – Déduction : mauvaise foi et privation de certains avantages (481).	
2 - Analogie avec le résultat obtenu sur le terrain de la responsabilité contractuelle (482)	582
3 - Présomption de conduite dolosive chez le professionnel (483) . .	583
β) - Limites spéciales tenant à la finalité de la déchéance	584
Principe proposé : renonciation seulement par la caution capable de se prémunir (484) – Application (485) – Conclusion sur la renonciation au bénéfice de subrogation (486).	
C - Mise en œuvre du bénéfice de subrogation	587
Problèmes ; plan (487).	
a) - Le bénéfice de subrogation : action ou exception ?	587
Divers sens du mot exception (488) – Le débiteur ne peut pas agir (489) – Mise en œuvre amiable ou judiciaire (490).	
b) - Recours de la caution après sa subrogation	589
Responsabilité contractuelle (491) – Etendue (491 bis).	
c) - Charge de la preuve du préjudice	592
Difficulté ; absence de solution tranchée ; plan (492).	
1°) - La preuve que doit apporter la caution	593
Allègement (493).	
2°) - La preuve que doit apporter le créancier	593
Contenu et justification (494) – Pratique (495).	
Conclusion de la Section II : Déchéance entraînée par le bénéfice de subrogation	595
Récapitulation (496) – Déduction : 1. Unification des diverses formes de cautionnement (497) – 2. Régime spécial du cautionnement professionnel (498).	
SECTION III. – Déchéance conventionnelle.	597
Rareté ; exemples (499) – Dangers et limites (500).	
Conclusion du Titre II : La faute du créancier	602
Récapitulation (501) – Faute et personne des parties (502) – Renforcement de la vigilance du créancier (503) – Rôle de la morale et de la bonne foi (504).	

Conclusion générale	609
Opposition et rapprochement des causes d'extinction (505).	
§ 1 - Les clefs de l'extinction du cautionnement	610
Double clivage (506).	
A - Cautionnement à exécution successive ou instantanée : clivage technique	610
Régime d'extinction (507).	
a) - L'extinction de l'obligation de couverture	611
Résiliation unilatérale (508) – Terme extinctif (509) – Evénements supplétifs du terme (510).	
b) - L'extinction de l'obligation de règlement	612
Satisfaction et faute du créancier (511) – Stérilité du cautionnement (512).	
B - Cautions professionnelles et non professionnelles : clivage sociologique	612
Diversité des préoccupations et des compétences (513).	
a) - Modalités du clivage	613
Disparité de l'extinction de l'obligation de couverture (514) – Disparité de l'extinction de l'obligation de règlement (515).	
b) - Critère du clivage	614
Rejet de la forme de la personnalité juridique (516) – Rejet du caractère civil ou commercial (517) – Rejet de la notion d'intérêt personnel de la caution (518) – L'intégration de la caution à l'opération principale (519) – Compétence professionnelle (520) – Distinction au sein des cautions non professionnelles (521).	
§ 2 - Les virtualités de l'extinction du cautionnement	617
Influence de l'extinction sur l'avenir du cautionnement (522).	
A - Evolution prospective du cautionnement	618
Raisons de l'essor actuel du cautionnement (523) – Evolution possible du cautionnement professionnel (524) – Rapprochement de l'assurance et du cautionnement professionnel (525) – Conséquences (526).	
B - De lege ferenda	620
Situations maintenues (527) – Propositions (528).	
a) - Abrogation de certains articles du Code civil	620
Exceptions : incapacité du débiteur principal : art. 2012 al. 2 C. civ. (529) – Exceptions personnelles au débiteur principal : art. 2036 al. 2 C. civ. (530).	
b) - Modification de divers textes	621
Décès : art. 2017 C. civ. (531) – Exceptions (en général) : art. 2036 al. 1 C. civ. (532) – Bénéfice de subrogation : art. 2037 C. civ. (533) – Paiement ; imputation : art. 1256 C. civ. (534) – Remise de dette : art. 1285 C. civ. (535) – Compensation : art. 1294 C. civ. et art. 1299 C. civ. (536) – Prescription : art. 2275 al. 2 C. civ. et art. 179 C. com. (537) – Règlement judiciaire et liquidation des biens du débiteur principal : art. 2032-2° C. civ. et art. 40 Loi 13 juillet 1967 (538).	
c) Addition de dispositions dans les matières non réglementées	622
1°) - Obligation de couverture (539)	622

2°) - Déchéance et sanctions conventionnelles (540)	622
3°) - Information des parties (541)	622
d) - Amélioration souhaitables	623
1°) - Rapprochement avec la pratique des sûretés réelles (542)	623
2°) - Publicité (543)	623
Bibliographie	627
I. - Traités, manuels et précis	629
II. - Formulaire	637
III. - Monographies et études spéciales	640
IV. - Thèses	647
V. - Articles, chroniques, études et rapports. Préfaces et comptes- rendus	655
VI. - Notes, conclusions, rapports et observations sur des décisions de jurisprudence	667
Table alphabétique des matières	685
Table analytique des matières	699

Imprimé par le Service de Reproduction de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
de Montpellier - Dépôt légal 1 trimestre 1980

LA FONDATION NATIONALE POUR LE DROIT DE L'ENTREPRISE

a été créée, en 1971, et réunit les principaux centres universitaires de droit des affaires (Aix-Marseille II, Montpellier, Rennes, Rouen, Lyon...) et les organisations professionnelles concernées, avocats (U.J.A.), conseils juridiques, fiscaux, sociaux, experts comptables, juristes de banques et juristes d'entreprises, spécialistes en propriété industrielle de l'industrie...

Elle organise et assure différents programmes de formation initiale et permanente en droit de l'entreprise ainsi que la préparation au diplôme national de juriste-conseil d'entreprise (D.J.C.E.), délivré par ses soins.

Elle facilite l'accès des diplômés à la vie professionnelle.

Elle favorise le développement des rapports entre praticiens et universitaires par l'organisation de journées d'études, de séminaires, de stages dans les entreprises...

Elle suscite, réalise, coordonne les recherches et assure la publication de tous les périodiques, mémoires, thèses et ouvrages en droit de l'entreprise, réalisant notamment les parutions suivantes : actualités de droit de l'entreprise, bibliothèque de droit de l'entreprise et cahiers de droit de l'entreprise.

Siège social de la Fondation : Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 39, rue de l'Université — 34000 Montpellier — Téléphone : 60-50-66 — Poste 41.

Secrétariat : Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise, 9, rue Richempanse — 75008 PARIS — Téléphone : (16-1) 260-10-18.

La F.N.D.E. vous propose :

Dans la collection « ACTUALITES DE DROIT DE L'ENTREPRISE »

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial
- Actualités de droit de l'entreprise 1968
- Nouvelles techniques contractuelles
- Nouvelles techniques de concentration
- Les services communs d'entreprises
- L'exercice en groupe des professions libérales
- Le know-how
- L'avenir de la publicité et le droit
- Garanties de résultat et transfert de techniques
- Droit social et modifications des structures de l'entreprise
- Les inventions d'employés

Dans la collection « BIBLIOTHEQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE »

- Le groupement d'intérêt économique, par Ch. Lavabre (épuisé)
- La responsabilité du banquier, par J. Vézian (2^e édition)
- La société civile professionnelle, par A. Lamboley
- Le droit de la distribution, par J. M. Mousseron et autres auteurs (en cours de réédition)
- Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R. Contin
- Les réserves latentes, par R. Abelard
- Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages), publié avec le concours du C.N.R.S.
- Le contrat de sous-traitance, par G. Valentin
- L'entente prohibée (1963 - 1967 - 1977) à travers les avis de la Commission des Ententes, par V. Sélinsky
- L'entreprise et le contrat, par D. Ledouble

Dans la collection « CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE »

- Supplément à la Semaine Juridique - Ed. C.I. - Renseignements sur demande au Centre du Droit de l'Entreprise.